

ANTEPROYECTO

DE

REFORMAS AL CODIGO CIVIL

BIBLIOTECA DE LA CORTE SUP. DE JUS.	
Nº DE ORDEN	15.843
UBICACION	C 89
FICHA MATERIA	

45



ANTEPROYECTO
DE
REFORMAS AL CÓDIGO
CIVIL ARGENTINO

PRESENTADO A LA COMISIÓN
ENCARGADA DE REDACTARLO,

FOR

JUAN ANTONIO BIBILONI

III

(DERECHOS REALES)



VALERIO ABELEDO - EDITOR
1368, Lavalle, 1374 - U. T. 38, Mayo 6126
FRENTE A LOS TRIBUNALES)
BUENOS AIRES
1930



LIBRO III
DE LOS DERECHOS REALES

TITULO I

De las cosas en relación de las personas

Art. 1. — Se suprime el artículo 2339.

Art. 1. — La supresión del artículo 2339, es determinada por dos razones:

Porque es inútil desde que del artículo siguiente y del 2342, ya resulta que hay cosas de dominio público, y de dominio privado del Estado, o provincias; y además, porque es inexacto que las cosas sean del dominio público o privado de ellos. Esto solo es verdad para cierta clase de cosas: las del Estado. No lo es para las cosas en general: son del Estado, o lo son de las personas naturales, o jurídicas.

Modificamos la nomenclatura de los artículos 2339, y 2340, para ajustarla al lenguaje de la Constitución: en la República, no hay Estados particulares que por su confederación la han formado; hay provincias de una Nación preexistente.

Se modifica el artículo 2340, así:

Son bienes públicos de la Nación, o de las provincias, según la distribución de los poderes hecha por la Constitución:

Se reproducen los números 1 y 2. El número 3, se modifica, así:

Los ríos y todas las aguas que corren por sus cauces naturales, y estos mismos cauces;

Se modifica el inciso 4º, así:

4º Las playas del mar y de los ríos, entendiéndose por playas las extensiones de tierras que las aguas bañan

Inciso 3º — Se modifica este inciso porque si para los ríos, se ha considerado conveniente decir expresamente que sus cauces son del dominio público, no obstante ser evidente que, como lo decía Proudhon repitiendo una expresión de que más tarde se hablará, no hay distinción entre ríos y cauces, puesto que las aguas no están suspendidas del cielo, con mayor razón ha debido hablarse de cauces respecto de las demás aguas, continuas o discontinuas, que corren por álveos naturales, por lo mismo que los torrentes son intermitentes: artículo 407 incisos 1º y 2º, Código español.

Inciso 4º — No son solamente las playas del mar, y las de los ríos navegables las que pertenecen al dominio público. Tampoco es exacto que sea playa la del mar, y no la de los ríos. La definición que de la primera da el texto corregido, ya prueba que la playa es una parte del lecho

DE LAS COSAS EN RELACIÓN DE LAS PERSONAS



y desocupan, en las más altas mareas, o crecidas ordinarias, y no en ocasiones extraordinarias de tempestades;

Se modifica el inciso 5º así:

5º Los lagos y sus álveos;

Se suprime el inciso 6º

Tomará el número 6, el inciso 7º, modificado así:

del mar, o del río, que las aguas ocupan ordinariamente en las mareas o crecidas ordinarias. Hay playa tanto en el mar como en los ríos. Y no solo en los navegables. También la hay en los demás no navegables, desde que es una denominación especial de tierras ocupadas y desocupadas alternativamente por el mar o los ríos en su curso ordinario. La playa es una manera de designar a cierta parte de la ribera, y desde que los ríos y sus cauces, son del dominio público (inciso 3º), todo el cauce, y por consiguiente, la playa que es parte de él, tiene el mismo carácter, aunque el río no sea navegable. La limitación del texto actual es reminiscencia de la distinción del derecho francés en cuanto al dominio de los ríos navegables y no navegables. Debe tenerse, además, presente la distinción expuesta por Demolombe, 9, número 458 bis, letra E.

Inciso 5º — Dispone el texto actual que los lagos navegables son del dominio público, y agrega, “y también sus márgenes”.

La corrección que proyectamos es doble. Suprime la condición de navegables, y sustituye la mención referente

6º Las calles, plazas, caminos, canales, puentes, y todas las obras públicas, construídas para el uso común y el servicio público.

a las márgenes por la declaración de que los álveos, son de dominio público.

Las márgenes de los lagos, navegables o no navegables, constituyen una parte del álveo, esto es del lecho de las aguas, no solamente en su estiaje, sino, en su mayor crecida (1). El terreno que descubren forma parte de él, y el que ocupan en circunstancias ordinarias determina su límite. Por eso es que no se gana ni pierde por el propietario limitrofe (artículo 2578).

No son, pues, las márgenes de los lagos navegables solamente las que pertenecen al dominio público, sino los lagos mismos, y los lagos no son solamente aguas, son aguas contenidas en un álveo, como un río, es el agua ence-

(1) Las palabras, margen, orilla, y ribera, son equivalentes (Academia) y aplicadas al mar y ríos, significan límite o extremo de ellos. La ley española de aguas, artículo 35, distingue: la ribera es faja del álveo comprendida entre el nivel de las aguas bajas y el que alcanzan en sus crecidas ordinarias; margen es la zona lateral que linda con la ribera. Damos a la palabra el significado que tiene en el lenguaje, y la corrección tiende a evitar toda duda.

DE LAS COSAS EN RELACIÓN DE LAS PERSONAS



Se agregará al fin del artículo, y sin número:

Las islas que se forman en el mar territorial o en toda clase de ríos o lagos, son bienes privados de la Nación o de las provincias.

rrada en un cauce. Por consiguiente, lago, es álveo y su contenido. Las márgenes son parte de ese álveo, y no son ellas solamente las que pertenecen al dominio público.

Fuera del álveo, no sé extiende este dominio. Confina con el dominio privado de los ribereños (artículo 2578). Si los lagos son navegables, las heredades colindantes están sujetas a la restricción del artículo 2639, por las razones que más tarde se explicarán. Pero esa restricción no es mayor en los lagos que en los ríos navegables. En estos no pertenece al dominio público la faja del camino de sirga. Tampoco lo es la de los lagos navegables. Margen, es parte de álveo: se detiene donde este termina. Y donde termina, empieza la propiedad privada.

Pero no es esta la corrección mas importante. Lo es la de declarar que todo lago es del dominio público. Y como aquella, esta rectificación no constituye modificación de la doctrina, sino aclaración de ella, fundamental, trascendente, disipando interpretaciones equivocadas que han surgido sin antecedentes en nuestro derecho histórico, pero que constituyen grave peligro para la acción del Estado en la cuestión vital para el porvenir del país, de la explotación de sus aguas.

Dice el Código que son del dominio público los lagos navegables. Agrega que el uso y goce de los no navegables pertenece a los propietarios ribereños.

El uso y el goce... ¿Y el dominio? Guarda silencio.

Se ha concluido, que constituye dominio privado del Estado.

Es un salto enorme. Una petición de principio.

Pero antes de demostrarlo, una observación preliminar fundamental despejará el terreno. Por sí sola, constituye demostración perentoria.

Las aguas no tienen importancia para un país, solamente, porque permitan la comunicación. La irrigación, la fuerza hidráulica, la provisión para las poblaciones de las ciudades próximas, (artículo 2637), la alimentación de los futuros canales de navegación, la desecación de extensas regiones cenagosas (lo que llamamos bañados en nuestro país), y mil otras aplicaciones que el arte del ingeniero ha encontrado, constituyen asunto de trascendencia igual o mayor que la navegación.

En Francia, en 1830, se agitó la cuestión del dominio de los ríos y aguas no navegables, o estancadas (marais), precisamente con ocasión del establecimiento de una red de canales navegables. Era indispensable la adquisición de las aguas no navegables. No había solución posible del problema sin la utilización de estas.

En nuestro país todas las aguas, de ríos y torrentes, continuas y discontinuas, de manantiales y deshielos, ---



todas — son del dominio público. ¿Y bastará que un lago, por inmenso que sea su caudal, — el de la Laguna Iberá, por ejemplo, — no sea navegable, para que se haga imposible para el bien público, la utilización de sus aguas? ¡Es cosa de no creerlo!

Porque si es bien privado del Estado, puede ser enajenado o prescrito, y pasa a poder de particulares, ese caudal sin precio, que se malbarata por imprevisión, por favoritismo, y o se destruye por impotencia de los dueños para constituir una explotación intensa, o se traduce en un monopolio de que son víctimas las poblaciones sacrificadas por una legislación imprevisora.

¿Y eso lo ha hecho nuestro Código? Veamos.

“Nos hemos ordenado que los pastos, montes, y aguas, sean comunes en las Indias, y algunas personas sin título nuestro tienen ocupada muy grande parte de término... Mandamos que el uso de **todos** los pastos, montes y **aguas**, de las provincias de las Indias sea común a todos los vecinos de ellas que ahora son, y después fueren **para que los puedan gozar libremente...**” decía el Emperador Carlos V, en la ley 5, título 17, Libro IV, Recopilación de Indias, y agregaba el mismo, en la Ley 7, siguiente:

“Los montes, pastos, y aguas de los lugares y montes contenidos en las mercedes que estuvieren hechas o hiciéramos de señoríos en las Indias, **deben ser comunes** a los españoles e indios...”.

Y el rey decía en alguna otra ley, “las aguas son bienes de mi real corona”, por lo que Solórzano — Política

indiana, Libro VI, capítulo 12, número 3 — concluía: “Y recogíendome yo a lo que toca a la ley de Indias, hallo, que esta misma Regalía tienen nuestros gloriosos reyes en ellas, en tal forma que fuera de las tierras, prados, pastos, montes y aguas, que por particular gracia y merced suya, se hallasen concedidas a las ciudades, villas, y lugares de las mismas Indias, o a otras comunidades, o personas particulares de ellas, todo lo demás... es, y debe ser de su Real Corona y dominio...”.

Las aguas, no eran pues, bienes privados del soberano: eran Regalías, “de su real corona”. Eran bienes del Estado, y el Código, encontrando esa legislación vigente en el momento en que entraba a regir, la interpretó, como el artículo 2340 lo hace, y como la nota lo repite. Eran bienes del dominio público. No eran bienes particulares del monarca. No son bienes privados de la Nación y las provincias.

Las aguas. Todas las aguas, dicen las leyes citadas de Indias. No todas las navegables: no, todas, las de los ríos, y las que no son de los ríos.

Y la ley de Indias, que según esa interpretación, consideraba de dominio público, (regalía) todas las aguas navegables y no navegables disponía según se ha visto “que el uso de todos los pastos y aguas de las Indias, sea común a todos los vecinos de ellas”.

El uso... No es, pues, incompatible con el dominio de la Real Corona. “El uso y el goce de los bienes públicos

del Estado, dice el artículo 2341, corresponde a los particulares". No es, pues, lo repetimos, incompatible con el dominio público.

"El uso y el goce de los lagos que no son navegables pertenece a los propietarios ribereños", agrega el artículo 2349. ¿Y ahora ese uso y ese goce, es incompatible con el dominio público de esos lagos?

No es la legislación vigente en el momento del Código. Este no se pronuncia sobre cambio alguno del carácter de los derechos del Estado — sucesor de la Real Corona... El uso y goce de los particulares no desnaturaliza los derechos de la soberanía, ¿por qué se concluye que los lagos son bienes privados, y no públicos? ¿Cuál es la premisa de que escritores y tribunales que, por excepción, así lo afirman, sacan esa conclusión?

Si el Código la impusiera sería menos previsora que el viejo emperador que en el siglo XVI, vislumbraba la utilización de esa riqueza imponderable de las aguas, y, si lo dispusiera, sería necesario repudiar su modificación para volver a la legislación de Indias, más inteligente y cuidadosa de los intereses de la agricultura, la navegación, y la salubridad de las poblaciones de la República.

Y si no lo ha hecho ¿por qué adoptar interpretaciones tan perjudiciales para el porvenir económico de nuestro país?

Pero sigamos.

El inciso 5º del artículo 2340 y también el 2349 son tomados del Código de Chile. Al primero se le ha agregado,

de Freitas, lo de “y también sus márgenes”, agregado que ciertamente no hubiera puesto el correcto escritor que era Bello. Porque ¿cómo ha de haber lago sin márgenes?

Pero, decimos mal: no se han tomado al pie de la letra del artículo 596 del Código de Chile nuestros textos. Se ha introducido una variante significativa.

Los artículos 2340, inciso 5º, y 2349, constituyen en el Código de Chile uno solo. Pero de él hace dos el nuestro con una variante.

“Los grandes lagos que pueden navegarse por buques de más de cien toneladas son **bienes nacionales de uso público**.

La propiedad, uso y goce de los otros lagos — concluye el artículo chileno, — pertenecen a los propietarios ribereños”.

¡Ah, no! dice nuestro Código, al transcribir las dos disposiciones. ¡**La propiedad**, no! El uso y el goce, solamente.

De modo que lo que en el modelo constituía la línea de diferenciación de los lagos, bienes nacionales, los navegables, y bienes particulares de los ribereños, en pleno dominio, los no navegables, ha desaparecido en nuestro Código. El dominio queda como en todos los casos de aguas, lagos, ríos, torrentes: el dominio es de la Real Corona, hasta ese momento. ¡Que continúe siéndolo!

Pero se argumenta con la casuística de los textos.

Se enumeran los bienes del dominio público. Se limita entre ellos, a los lagos navegables, y expresamente, es: carácter.

Por consiguiente, se concluye, si no son de dominio público los otros, han de ser forzosamente de dominio privado. Si fuesen lo primero, serían inalienables: no podría perderse para el porvenir la utilización de las aguas. Pero es lo segundo. Si se pierde por enajenación, ¡mejor para el feliz adquirente! ¡Ha hecho un buen negocio!

Hay varias respuestas, si las precedentes no han desalojado las dudas.

1º El artículo 2340 no enumera los bienes que son de dominio público. No tiene ese objeto.

Y así. No menciona las fortalezas de la Nación. Y nadie ha entendido, jamás, negarles el carácter de cosas del dominio público.

No menciona los buques de guerra, las armas, las municiones de sus arsenales; sin embargo, ni las provincias, ni los particulares, pueden adquirirlos, y armar ejércitos. No son bienes privados: son bienes del dominio público de la Nación.

No menciona muchas otras cosas que tienen ese carácter.

Y no las menciona porque su objeto es deslindar — artículo 2341 — las cosas de que todo el mundo puede usar y gozar. No puede cualquiera usar de una fortaleza, de un buque de guerra, de las armas de la Nación. Son asuntos ajenos al derecho civil, y por eso, aunque son de dominio público, no se mencionan.

Ahora. Desde que los lagos navegables son los únicos que caen bajo el uso y goce común de los particulares, el artículo 2340, los menciona.

¿Cómo ha de incluir los lagos no navegables, en esa enumeración? ¿No es que ese mismísimo uso y goce solo se concede a los propietarios ribereños?

Pero de ahí nadie puede deducir otra cosa que la limitación del uso.

Hay cosas del dominio público, de uso común. El artículo 2340, las precisa, y circunstancia.

Hay cosas del dominio público, de uso restringido. El artículo 2349, las determina y dice a quien "pertenece".

Hay cosas del dominio público de que ningún particular tiene el uso: las fortalezas, los buques de guerra, el palacio del Congreso. El Código no las enumera. Pero, si un Juez dijera que por ser del dominio público, están regidas por el artículo 2341, y todo particular puede usar y gozar de ellas, cometería un error de la misma naturaleza del cometido por los escritores que consideran bienes privados a los lagos no navegables. Véase, Demolombe, 9, número 457, y 10, número 137.

2º Se deduce de la falta de inclusión en el artículo 2340 de los lagos no navegables, que no son bienes públicos, y se concluye que son bienes privados.

Pero también el Código, en el artículo 2342, enumera cuales cosas tienen ese carácter.

Es evidente que los lagos no navegables, no están incluidos en él.

Porque es manifiesto que los lagos no son "Tierras situadas dentro de la República" como lo dice el inciso 1°.

Un lago no se descompone en dos cosas: su lecho, y sus aguas.

Ni se concibe, siquiera, que haya aguas recogidas, contenidas en un álveo, sin álveo que las contenga. "Quia enim impossibile est, ut alveus fluminis non sit publicus", decía Ulpiano. "Si las aguas de los ríos no pueden ser propiedad exclusiva de una persona, porque son necesarias para todos, el lecho que las contiene, que no puede ser separado de ellas, ni prestarse al uso exclusivo de nadie, es, como aquellas, la propiedad de todos". (Discurso de Arnault, de 1791, en la Asamblea constituyente de Francia. Reproducido por Rives, De la propriété des eaux courantes, Revue des Revues de droit, 1845).

De ahí la célebre frase de Proudhon: "un río no puede ser concebido sin orillas, ni fondo, y como suspendido del aire". (Domaine public, 3, número 742) que el doctor Vélez Sársfield repetía en el debate con el general Mitre, ante el Senado, sobre propiedad de las tierras cubiertas por los ríos.

Un lago, no es, pues, un inmueble ocupado por aguas. Es un lago, y nada más. Porque la ocupación no es accidental: "Lacus est quod perpetuam habet aquam". Ulpiano, Ley 1 § 3, 43, 14, D.

Lo grave es que los lagos son de varias clases.

Los hay que son atravesados por ríos, y los hay que sirven de origen a ríos. El Rhin nace del lago de Constanza;

el Ródano, del de Ginebra; el Aar, de los de Brienz y Thoune; y lo mismo pasa con el de Zurich y los grandes lagos italianos, Maggiore, Como, Garda. En los Estados Unidos, los grandes lagos del Norte constituyen su frontera con el Canadá, que forman, y son atravesados por el St. Lawrence. En nuestro país, todos los ríos de la Patagonia nacen de lagos. Hasta en las llanuras de Buenos Aires, y de Corrientes, ríos no navegables — el Salado, el Sauce Grande, el Corrientes, Santa Lucía, etc., — nacen o atraviesan las lagunas de Chascomús, Saladas, Sauce Grande, Iberá, y cien otras.

Son, pues, “aguas que corren por sus cauces naturales” — artículo 2340 — y son lagos no navegables, unos, y navegables otros: ¿y no son del dominio público? El inciso 3º, del citado artículo, dice que sí.

El lenguaje universal, sin embargo, europeo, y de países de idiomas distintos, y en América, llama lagos a esas masas de aguas corrientes. No las llama ríos. ¿Dejará de considerárselas regidas por el inciso 3º, aunque no sean navegables? Véase Dalloz, Rep., Vº Eaux, número 275.

Pero esa clase de lagos, no es la única. Quedan los que no dan nacimiento a cursos de agua. Y una de dos: o son lagunas, estanques, charcas, de aguas de lluvias, — stagna, dice la ley romana, que no son lagos, — que se secan en el estío, simples desniveles del terreno, o contienen vertientes que los alimentan. Esas vertientes que, repetimos, no dan origen a cursos de desagüe del álveo, se encuentran regidas por el artículo 2350.

Si es así, los lagos que no caen dentro de esta prescripción, son necesariamente en su mayor parte, cursos de agua, porque es imposible que haya masas de aguas permanentes (pues es de la esencia del lago, su carácter de perpetuidad, según lo hemos visto por el origen de la palabra, *lacus*), que no tenga un arroyo o río de descarga. No es geográficamente posible otra cosa. O es vertiente del artículo 2350, ó es lago de desagüe. Los lagos, por consiguiente, se encuentran **todos** regidos o por el artículo 2340, inciso 3º, o por el último citado. Y si es así, o son del dominio público, — artículos 2340 y 2349 — o pertenecen al dueño o dueños de las propiedades en que la vertiente nace y se contiene, artículo 2350.

No nos detendremos en justificar el hecho material de que las causas que forman la masa de aguas de los lagos, por su continuada acción traen la formación de cursos de agua en la enorme mayoría de los casos, y nos basta referirnos al hecho geográfico notorio.

Los lagos, aunque no navegables, no son tierras. Son lagos, masas de aguas corrientes, o de vertiente que nace y muere en su álveo. Los primeros, los del artículo 2349, son bienes del dominio público.

Y para concluir con el argumento que venimos examinando. Si todo él consiste en decir que los lagos no navegables por el hecho de no estar enumerados en el artículo 2340 son bienes privados del Estado, decimos que hay petición de principio. Porque con retorcerlo, queda destruido. Tampoco están enumerados en el artículo 2342, porque los

lagos — perpetuos — no son ciertamente tierras, que puedan ser económicamente explotadas, y separadas de sus aguas. Y repitiendo el sofisma, podría decirse: si no son bienes privados, son bienes públicos. Lo que es, otra vez, una petición de principio, porque es lo que hay que demostrar. Demolombe, 9, número 461.

Es la cuestión que venimos estudiando, precisamente la misma que los escritores franceses han tratado con tanta atención, muy particularmente desde que en 1830 se advirtió la grave trascendencia del dominio de los ríos. Eran los navegables bienes públicos de la Nación: ¿de quién eran los ríos no navegables? Y todos cuantos antecedentes y argumentos pudieron recordarse llevaron a cuatro opiniones diversas: Demolombe, 10, número 130. Y solo, cuatro. Ninguna de ellas, consideró, lo que se ha afirmado entre nosotros para los lagos, es decir, que fuesen propiedad privada del Estado. No. Jamás lo ha dicho nadie. Y esto, sin ley de Indias.

Ilustra' el criterio para decidir estas cuestiones, la discusión seguida en Francia, cuya expresión última puede verse en Demolombe, lugar citado, y en Laurent, 6, número 15 y siguientes, así como en el reputado artículo de Rives, ya recordado (1). Todos los argumentos arriba considera-

(1) Puede verse además: Proudhon, *Domaine*, public, 3, desde el número 930. En contra de él, Daviel, *De la propriété des cours d'eau*, *Revue de législation*, tomo

dos se encuentran analizados en ella. Nunca ha sostenido nadie otra tesis que las siguientes: o las aguas son res nullius, cuyo uso y goce corresponde a los ribereños, o son del dominio público, o son propiedad privada de los ribereños. No se conoce la que haya sostenido la propiedad privada de la Nación. Y esto en un país que parte del antecedente histórico del régimen feudal de las aguas, distribuidas entre la Corona, y los grandes feudatarios. En nuestro país la cuestión se presenta desembarazada de los obstáculos derivados del derecho feudal. Cuando la conquista se realizó, el feudalismo moría, y la Corona, libre de él, podía declarar propias de ella "todas las aguas", sin distinguir, como no distingue la ley de Indias, de aguas corrientes, o muertas, navegables y no navegables.

El uso y goce de los lagos que no lo son, **pertenecen**, dice el artículo 2349, a los ribereños. No se trata de una servidumbre. No hay bien patrimonial gravado. Se trata de un régimen, una manera de utilizar la cosa pública. No hay heredad sirviente. Demolombe, 10, desde el número

3, al cual replicó Foucart en la misma revista, tomo 4; — Championnière, De la législation... sur la propriété des eaux courantes et le droit d'irrigation, Revue des Revues de droit, 1847. Véase además el notable tratado de Dalloz sobre aguas: Rep. y Supplément, Vº Eaux; Watrin y Bouvier, Code Rural; Belime, Possession, número 244 bis.

137, y 9, números 457 y 461; Proudhon, *Domaine public*. I, números 204, 350, 363, y siguientes.

Es un derecho análogo al del propietario de un bien establecido sobre un camino, aunque, por razones obvias, es limitado a ellos. La calle no está sometida a servidumbre particular. Es su destino servir para la comunicación. Pero ningún reglamento podría privar al propietario ribereño de comunicarse por medio de ella, ni aún en caso de descalificación.

El uso y goce, pertenece, pues, a los ribereños, según el artículo 2349. Por consiguiente todo el uso y todo el goce, porque si se pretendiera que alguno hay que no les "pertenece", siempre sería ese uso, goce y goce del lago, que, según la ley, es de ellos, porque les "pertenece".

Pero eso no excluye el derecho del Estado para servirse de las aguas en servicios de utilidad pública: navegación, irrigación, provisión a las poblaciones, etc. Tampoco impide la canalización para transformar el lago en navegable, o en medio de alimentar canales navegables.

Precisamente, porque no son propiedad privada, sometida a servidumbre predial, los ribereños se sirven del lago como es, y mientras es. La utilización pública de las aguas no impide el uso del lago mismo que no desaparece por el empleo de ellas. Para eso son los lagos de dominio público: para constituir cosas puestas al servicio público, reservas conservadas para atender las necesidades de la agricultura y la navegación en todo tiempo. En el dominio público el

Estado ejercita su *jus imperii*: es el Estado soberano. No es la persona jurídica del derecho privado (1).

Inciso 6º — El Código; inciso 7º, dispone que son bienes del dominio público las obras públicas construídas para utilidad o comodidad común.

Acabamos de decir que hay varias clases de cosas afectadas al servicio público que constituyen el dominio público del Estado, y que difieren profundamente entre sí.

Es el rasgo general de ellas que constituyen bienes regidos por el Estado en su carácter de entidad soberana para desempeñar sus funciones, "para utilidad o comodidad común" como dice el inciso 7º Pero de ahí no se deduce que con esa afectación se hallen todas sometidas al mismo régimen, en relación con las personas privadas.

(1) En el proyecto de Código Civil presentado por el gobierno suizo, en 1904, y en el de 1900, se contenían un artículo — 911, o 917, resp. — en que se declaraba: "Las aguas públicas son los lagos, ríos, y arroyos, sobre los cuales nadie puede establecer un derecho de propiedad". Es significativo, que, como en nuestro derecho de Indias, "todas las aguas" sin distinción de navegables, se consideraban públicas. El título entero fué suprimido porque se juzgó necesaria una reforma constitucional para que el Estado federal legislase sobre esas materias.

El Código Civil, no lo es de derecho administrativo. Es de derecho privado, y no de derecho público. Si se ocupa del dominio público no es para reglamentarlo sino bajo un aspecto: el de los derechos privados de los particulares frente a las cosas afectadas al servicio público del Estado. En una palabra, trata de determinar esa frontera indecisa y mal iluminada del derecho privado y el derecho de la entidad soberana.

Bajo ese aspecto, el Código — artículo 2341 — ya nos precisa a que clase de cosas se refiere, entre las del dominio público: solo a los de uso común, y el art. 2349 a cuales de uso y goce restringido a ciertas personas por razón de su calidad de propietarios de bienes de dominio privado.

No es, por consiguiente, exacto que “cualesquiera otras obras públicas construídas para utilidad o comodidad común” sean del dominio público referido al uso y goce común del artículo 2341. Las fortalezas son construídas para utilidad común y no son bienes públicos de esa categoría. Las cárceles también son construídas para utilidad general, y son exclusivamente sometidas a la autoridad y gobierno de la administración. Un teatro, es construído para utilidad y comodidad común y no es de uso público, como tampoco lo es un cementerio — Proudhon, *Domaine public*, I, número 344 — Mayer, *Droit administratif allemand*, II, § 35.

“La oposición es más notable, dice el último, para los ferrocarriles, que se reconocen generalmente como del do-

minio público. Se consideran como un camino que sirve para la comunicación pública: bajo ese aspecto, se les han aplicado las disposiciones concernientes a los caminos públicos. Ese camino, es cierto, tiene esto de particular, que nadie puede servirse de él sino en los medios de transporte que le están afectados, y bajo la dirección de los funcionarios y empleados encargados de ellos. Se podría todavía decir, en rigor, que la vía férrea sirve para la comunicación pública, con la ayuda de sus agentes; pero jamás será permitido ver en ello un uso de todos, uso libre de la cosa por sí misma, según su naturaleza. Lo que está abierto al público directamente solo son los wagones; pero no están abiertos al público bajo las reglas del uso de todos; no lo están como cosas públicas, ni más ni menos que la diligencia que corre por el gran camino''.

Y con mayor razón debe decirse lo mismo respecto de los museos, los mercados, los baños populares, los lavaderos, etc. Todos son, sin embargo, construcciones realizadas para la utilidad y comodidad común.

No son, esas, materias de derecho privado. Son pura y exclusivamente de derecho administrativo. La incompetencia de un Código Civil, para legislarlas, es evidente.

————— **Supresión del inciso 6°** — Se suprime de la enumeración que el artículo viene haciendo de las cosas que son de dominio público las islas que se formen en "el mar territorial, toda clase de ríos, o en los lagos navegables". Es claro que se trata de bienes ordinarios, de propiedad

Art. 2. — Se sustituyen los artículos 2341 y 2349, por el siguiente:

privada del Estado. Son las “tierras... que carecen de otro dueño” de que habla el artículo 2342, 1°

Bastaría, tal vez, esta disposición. Se conserva sin embargo, en un párrafo especial, por dos razones. Se ha extendido tanto en la doctrina y en la legislación, desde el derecho romano hasta nuestros días, la discusión sobre la propiedad de las islas formadas en los ríos y en los lagos, que conviene cortar de raíz toda tentativa de trasladar al nuestro cuestiones que deben recibir solución expresa. Y todavía por otro motivo, porque el Código solo habla de las islas nacidas en lagos navegables. Cuando trata de los ríos la regla no distingue entre los que lo son y los que no lo son. Sí, — al revés del derecho francés — se ha creído no deber conceder la propiedad de las islas a los ribereños, no se ve porqué las que nacen en los lagos no navegables han de seguir otro principio, y permanecer indecisa la propiedad pues el Código ha olvidado resolver ese caso. Las islas en esa hipótesis, como en las demás, son tierras sin otro dueño; por consiguiente están dentro del artículo 2342. Con la supresión no quedaría acentuada la solución, dada la reminiscencia del actual artículo 2340 que solo habla de lagos navegables.

Art. 2. — Porque los bienes del dominio público están destinados por razón de su naturaleza, o de su afectación, al servicio público del Estado, escapan a las reglas del

Los bienes del dominio público enumerados en el artículo anterior son inalienables, e imprescriptibles.

derecho civil, y no pueden ser objeto de los hechos jurídicos en cuya virtud los particulares adquieren derechos sobre ellos, mientras conserven su carácter de tales bienes del dominio público.

Son susceptibles, además del uso y goce que el público tiene de ellos, de otras formas de uso que constituyen dos diversas clases de utilización: los permisos y las concesiones.

En el proyecto de Código Civil Suizo presentado por el gobierno, existía un capítulo sobre concesiones hidráulicas, definiendo el derecho que de ellas deriva y atribuyéndole el carácter de un derecho de tipo especial, pero de orden privado patrimonial. Puede verse en Huber, *Exposé des motifs*, página 679 y en el mensaje del Consejo federal, página 86 y siguientes, las razones de esa iniciativa, que no tuvo resultado porque se consideró necesaria una reforma de la Constitución para legislar sobre el punto.

Los efectos jurídicos que derivan de una concesión son regidos por el derecho público. Una concesión es siempre constituida por una delegación o atribución a entidades subordinadas, o a particulares, de una parte del servicio público que el Estado presta por medio de los bienes afectados a ese servicio. Solo el derecho administrativo puede determinar cuando conviene, dentro de que límites, y bajo qué vigilancia, autorizar esa concesión. No es asunto

Los particulares tienen el uso y goce de ellos de acuerdo con las disposiciones de este Código, y las administrativas.

de derechos civiles, que un Código puede regir por preceptos generales y uniformes. No es de aprobar la tendencia que se ha observado en algunos escritores de considerar las concesiones administrativas como materia del derecho común, sin que esto signifique que deban quedar libradas al arbitrio de la autoridad, y ajenas a la protección legal.

Tampoco establecemos reglas respecto de la descalificación de las cosas afectadas al servicio público, no obstante los errores que se han deslizado entre nosotros sobre las consecuencias de la desafectación de calles, caminos, plazas, etc.

Es claro que la desafectación de los bienes públicos de uso excluyente del Estado, como las fortalezas, las convierte en bienes privados libres, sometidos a la legislación común. Pero la desafectación de una calle, por ejemplo, no priva a los colindantes de los derechos constituidos por su existencia. Por eso hacemos la reserva que se verá en el artículo siguiente.

El inciso 5° del artículo 2341 habla de lagos navegables para buques de más de cien toneladas, sin determinar de qué toneladas se trata, y hay mucha diferencia en sus categorías. Adoptamos la regla fijada por la ley y reglamento de cabotaje.

Véase: Proudhon, *Domaine public*, I, número 208 y siguientes; Demolombe, 9, número 457; Mayer, *Droit Adminis-*

El uso y goce de los lagos que no son navegables para embarcaciones de más de cien toneladas de tonelaje bruto, pertenece solamente a los propietarios ribereños.

tratif, II, § § 35, 36, 37 y sobre los permisos y las concesiones § § 38 y 39.

No corregimos las notas del Código. Pero es general considerarlas intérpretes de sus disposiciones, y por eso creemos deber llamar la atención sobre la del artículo 2341: ha extraviado a un alto tribunal.

Es de Demante, pero éste no hablaba sino de la propiedad común. Aplicada al dominio público, es mucho más que un error. ¿O es que el uso del mar, de los ríos, de los lagos de toda clase, de las calles, es temporario? El texto mismo del artículo repudia la declaración del párrafo de Demante escrito para otra cosa.

Agregaremos que no es cierto que el uso y goce perpetuo excluye el dominio público, porque todavía queda el derecho de disposición y este es **precisamente** el que no puede pasar a los particulares, ni aún con asentimiento del Estado, ni por vía de concesión. Cuando autoriza a una empresa a construir un puerto, un canal, autoriza un uso y un goce que puede ser indefinido, pero que no permite cerrar el puerto, e impedir la navegación, a voluntad del concesionario. Está este sujeto a las condiciones de la concesión, a las tarifas, a la obligación de mantener el calado, etc. No puede disponer fuera de esos límites, y si el Estado le concediese el derecho de cerrar el puerto, y negar el paso

Art. 3. — Se modifica el artículo 2342, así:

Son bienes privados de la Nación, o de las provincias;

1º Como está actualmente;

Se suprime el inciso 2º vigente;

2º Como está en el inciso 3º;

3º En sustitución del 4 actual:

por el canal, a quien le pareciera, p. e., a los buques de determinada bandera, esa concesión sería nula, porque sustrae al servicio público una cosa que orgánicamente le está sometida. Por eso dice nuestro proyectado artículo que el bien de dominio público es inalienable.

Art. 3. Inciso 2º — Se suprime este inciso, que se comprendía en el Código Civil, cuando no se había dictado el de minería. La Constitución ha establecido la autonomía de este código, y por consiguiente, ha dispuesto que todas las cuestiones relativas al régimen de las minas, son ajenas al Código Civil.

Inciso 3º — Es notoria la incorrección de la redacción actual. "Los muros, (?) plazas de guerra" no son bienes privados sino cuando han dejado de ser defensas militares, plazas fuertes. Mientras lo son, están bajo el dominio público.

Tampoco son los ferrocarriles bienes privados. Son caminos no librados al uso común, pero no por eso dejan de constituir bienes afectados definitivamente a un servicio público, regido por el derecho administrativo, que, según

Todos los bienes y las construcciones que no estuviesen afectados al dominio público.

se ha dicho antes, constituyen una categoría particular de dominio público, como las fortalezas lo son de otra distinta. No son enajenables a la manera de los bienes privados de modo que el dueño disponga a su arbitrio, de la afectación, el servicio, la tarifa. Una enajenación de la empresa del Estado, es una concesión, y una concesión es la delegación de un servicio público obligatoria para el concesionario. El ferrocarril es siempre un bien público, como lo es el canal, el puerto, construido por el Estado o por quien fué autorizado por él. Solo son bienes privados las cosas particulares accesorias pertenecientes a la empresa: no lo es la empresa misma.

Por fin, no son bienes privados “todas las construcciones hechas por el Estado”, ni “todos los bienes adquiridos por éste por cualquier título”, o es falso lo que expresa el artículo 2340. También aquí las construcciones pueden ser de dominio público, y de uso limitado no regidas por el artículo 2341. Las plazas fuertes, lo demuestran. Y las obras del Estado, de servicio público, — como lo dice el artículo 339, 2º, Código español — son del dominio público aunque su uso no sea general. El palacio del Congreso, el de los Tribunales, no son bienes privados: son necesarios para el funcionamiento de los poderes del Estado.

Los bienes públicos de uso común a todos — cuando no lo son por su condición natural, como los ríos, etc., — pueden ser desafectados del servicio público. Vuelven a su

Los que formaban parte de éste, son bienes privados desde que su afectación al servicio público termina, sin per-

condición anterior a la afectación. Pasan a ser bienes privados.

Pero, hay una especie particular, los caminos generales, o rurales, y las calles y plazas de las poblaciones. No son solamente medios generales de comunicación para todos. Son colindantes de propiedades privadas, y es también su destino que éstas se sirvan para el acceso, que las construcciones den sobre ellos y con la intervención de la autoridad por el alineamiento, las condiciones peculiares de la edificación en cuanto a materiales, altura, etc. Por fin, contribuyen a su establecimiento, por medio de cargas especiales por pavimentos, etc.

La propiedad particular ha sido, pues, organizada, edificada, con intervención del Estado, y con arreglo al destino permanente, no accidental, de la calle, plaza, camino. Se han establecido industrias, comercios, y con arreglo a sus exigencias se ha construido el edificio. El precio de adquisición se ha determinado, por el hecho de dar sobre la vía pública

Cuando por haberse desafectado como tal, se transforma, ésta, en bien privado, debe ser respetado el derecho establecido, y declarado por el Estado, y no puede alterarse la situación de las cosas clausurando y emparedando las propiedades limítrofes. Si se hubiera tratado de un inmueble privado, el artículo 3068 del Código Civil habría autori-

juicio de los derechos de los propietarios colindantes en el caso de ser desafectados las calles, plazas, y caminos.

4º Tomará este número el inciso 5º actual.

zado una servidumbre de tránsito. No hay que adquirir lo ya existente. La comunicación existe en la calle que se desafecta. El derecho se ha constituido de acuerdo con la ley vigente en el momento de la afectación. Es un estado legal de la propiedad privada confinante con una calle. Es, pues, como lo pensaba Huber para todos los derechos emanados de una concesión, un derecho privado de carácter patrimonial. La materia no es del resorte del derecho administrativo, sino del derecho civil.

Sobre toda esta materia en las diferentes faces que nuestro artículo comprende y las distintas opiniones expuestas: véase Demolombe 9, número 458 bis, y 12, número 699; Proudhon, *Domaine public.*, I, desde el número 208, y 362, y siguientes; y Dumai (tomo II de Proudhon), número 570; Dalloz, *Rep.*, Vº *Voirie par terre*, números 121, y 1564 y siguientes; Toullier, 3, números 481|2; Mayer, *Droit administratif*, III, § 37; Feraud-Giraud, *Voies rurales*, tomo I, números 148|9, y tomo II, número 492; Auvry y Rau, 3, § 249; Laurent, 7, número 131 y siguientes; Pardessus, *Servitudes*, I, números 40|1; Jhering, *Las acciones de injuria*, capítulo VIII; Lomonaco, *Dei Beni*, número 24, 1º; Dernburg, *Sachenrecht*, § 70.

Hay disidencia entre los escritores sobre el fundamento del derecho de los colindantes, aunque no la hay sobre su

existencia. Se habla de servidumbre, pero si eso fuera, la consecuencia sería inevitable para los que la admiten: habría derecho real subsistente a pesar de la cesación de la afectación, y sin embargo de sostenerlo así, Demolombe, Laurent, y otros, no admiten la supervivencia de ella, sino derecho a indemnización.

Otros, creen en la existencia de un contrato tácito, de cuya violación resulta autorizada la indemnización.

Toullier, Proudhon, Feraud-Giraud, etc., admiten la permanencia de la servidumbre aún después de desafectada la calle o camino.

Creemos más exacta la opinión de Dernburg, Pandette, § 72, número 3, y la de Mayer, y observamos que si en una propiedad rural, y según las circunstancias, puede admitirse que la comunicación sea posible por otra parte, no vemos de que manera se obtendrá en una propiedad urbana, si la calle se suprime. La indemnización en tal caso es por la propiedad total: el edificio con fachada sobre la calle, no puede considerarse utilizable, y las propiedades vecinas no proporcionarían, aunque facilitaran una salida, las condiciones de utilización del edificio emparedado. La descalificación en las ciudades y poblaciones debe considerarse como una expropiación total de la heredad en casi todos los casos. La indemnización debe ser previa a la privación de la comunicación y a la supresión de la calle. Parece excusado advertir que hablamos de supresión de calle y no de rectificación del alineamiento.

Art. 4. — Se reproduce el artículo 2343, con las modificaciones siguientes:

en el inciso 1º: Los peces de los mares y de los ríos y lagos navegables, guardándose los reglamentos sobre la pesca marítima o fluvial;

en el inciso 4º, se agregará “navegables”, después de “lagos”.

Art. 5. — Se sustituyen en el artículo 2344, las palabras “el Estado, o los Estados” por las de “la Nación o las provincias”.

Art. 4. Inciso 1º — Se rectifica este inciso de acuerdo con la redacción del artículo 2548. La pesca en los mares interiores y los adyacentes, que son, todos, mares territoriales, y no como lo dice el texto corregido, solo los adyacentes, no es la única que autoriza la aprehensión. También la pesca en alta mar si se hace bajo la bandera nacional. La rectificación según el artículo 2548 hace desaparecer una duda a que da ocasión el artículo 2343, sobre si habla solo de ríos navegables, o de toda clase de ríos. Véase nuestra nota sobre los artículos 2527 y 2548.

Inciso 4º — En los lagos no navegables, el uso y goce de ellos pertenece a los ribereños: no puede existir derecho general de aprehensión como ya lo expresa el inciso 1º, respecto de la pesca.

Art. 6. — Se reproducen los artículos 2347 y 2348 que formarán dos párrafos separados de uno.

En el segundo se sustituirán las palabras “iglesias disidentes” por “comuniones religiosas no católicas”; y las de “en” y “a” por las de “de” y “con”.

Art. 7. — Se hace en el artículo 2347, la misma sustitución de palabras que en el 2344 (artículo 5).

Art. 8. — Se reproduce el artículo 2348.

Art 9. — Se reproduce el artículo 2350.

Art. 6. — Se modifica el texto del artículo 2348, porque ante la Constitución no hay iglesias disidentes, y porque, según el uso, esa calificación no comprende sino a las comuniones protestantes, que no se califican a sí mismas de disidentes. Hay, además, comuniones religiosas hebreas y mahometanas, entre nosotros.

Se sustituyen los títulos II y III por el siguiente:

TÍTULO II

De la posesión *

Art. 1. — Se sustituye el artículo 2351, por el siguiente:

* La Teoría de la posesión ha experimentado una transformación profunda en los tiempos recientes, que ha influido de manera decisiva en las legislaciones más modernas.

Nuestro Código ha sido inspirado por las doctrinas de Savigny, que tan honda impresión causaron en el siglo anterior, al grado de restablecer las doctrinas del derecho romano, no obstante las transformaciones que bajo la influencia del derecho feudal y del canónico habían sufrido durante la edad media y moderna. No era menester poseer a título de dueño para ser protegido en el poder sobre las cosas, ejercido de hecho. Todo detentador gozaba de la protección posesoria. Hasta en el derecho español de procedimientos se sentía la influencia de esa evolución. Cuando el Código Civil se sancionaba, la ley federal de procedimientos de 1863 — artículo 328 — concedía el interdicto de recobrar a los simples tenedores bajo la influencia de la ley española, y todavía lo repite el artículo 581 de la ley de enjuiciamiento de la capital, no obstante su incompetencia para legislar

La posesión de una cosa se adquiere por el poder efectivo sobre ella.

sobre esos asuntos, dado lo dispuesto por el Código Civil (artículos 2473 y 2490, etc.). Y como en nuestra legislación, fueron tan dominantes las doctrinas de Savigny en otros países de tradición legislativa germánica. En Suiza, dice Huber en su exposición de motivos (página 695), en cuyo país todo detentador, — aún los locatorios, depositarios, comodatarios, — tenía la *gewere*, desde siglos, los códigos cantonales sancionados, adoptaron bajo la autoridad de aquel escritor, la regla del *animus domini*, para obtener la protección posesoria.

Los célebres trabajos de von Jhering concluyeron con esa teoría. Cualquiera que sea el valor de sus demostraciones en el terreno de los textos del derecho romano, y la cuestión está lejos de quedar agotada (1), es lo cierto que la doctrina del *animus domini*, constituía una regresión de los progresos que el derecho había hecho en su evolución.

La posesión se había organizado en Roma, según las condiciones peculiares de su estado político-económico. Von

(1) Véase: Baron, *Zur Lehre der Besitzwille*, Rev. de Jhering, tomos 29 y 30 — Bekker, *Zur reform der Besitzrecht*, en la misma, tomo 30; y sobre posesión de muebles, tomo 34; Strohal, *Das Besitzrecht*, R. de Jhering, 31 y 38; Gierke, *D. Recht*, II, pág. 211; Windscheid, *Pandekten*, I, 2 § § 148|9, y nota de Bonfante sobre este párrafo (p.); Dernburg, *Pandette* I, 2, § 172, y nota.

Jhering, ha demostrado que la posesión que Savigny llamaba anómala, la del acreedor prendario, del tenedor precario, del secuestro, del superficiario, etc., obedecía a razones de organización de la familia, del poder del patriciado, del del Estado sobre la tierra pública, esto es, a razones de orden común a las que determinaban la posesión jurídica ordinaria.

Esas condiciones han cambiado en el mundo moderno, y no puede legislarse ya sobre la base de los antecedentes romanos que no tienen sino un valor histórico. La posesión se organiza según las necesidades de orden social y económico de cada pueblo.

Desde la extinción de la gleba en la edad media, ha venido desarrollándose la locación y el arrendamiento como régimen de explotación libre, y la protección del precarista romano, considerado poseedor, se ha extendido al arrendatario en los campos, y al locador en las ciudades. La *gewere* ha amparado a todos los que tienen las cosas, que las usan, y las cultivan. Protege a los humildes, como protegía en Roma, a los clientes y a los precarios. Savigny estaba equivocado. No era anómala la posesión de éstos: era normal, como la de los propietarios de la tierra, que tenían *animus domini*.

La teoría de la posesión, no existe como asunto independiente del derecho a poseer sino por razones de tranquilidad y paz pública. Sería incomprensible que si el título a la posesión se independiza de la posesión misma, se volviera por otro camino a someterla a él. Si se protege a quien tiene

una cosa, aun sin preguntarle porqué posee (possideo quia possideo), si es prohibido discutir su título, y demostrar el propio a la posesión, si hay un jus possessionis, distinto del jus possidendi, es porque el orden público lo exige. No son razones misteriosas: son razones policiales. Debe evitarse el atropello, el hacerse justicia por su mano, el arrebatar lo suyo a los débiles. Y la paz pública lo exige, no solamente para amparar la posesión del propietario, del que detenta animus domini. También es extorsión expulsar al usufructuario, al anticierista, al arrendatario, al depositario. Es contradicción amparar al detentador que pretende tener un derecho de propiedad, y negarlo al que afirma tenerlo de otra índole, pero siempre derecho reconocido por la ley. Si es reconocido, es imposible negarle la defensa. Por eso los romanos, admitieron la quasi possessio del usufructuario, y del usuario, lo que era admitir que la posesión de estos quedaba asimilada a la possessio juris. Por eso declaraban la posesión del precario, aunque reconocía la propiedad de otro, porque era el régimen común de la agricultura. Por eso se concede en las legislaciones recientes a los arrendatarios, y locatarios, la posesión, porque la locación es uno de los modos más ordinarios de uso y explotación de los bienes.

La posesión produce tres efectos principales. Autoriza la propia defensa de los bienes, para rechazar por sí mismo, todo ataque dirigido contra ellos, sea quien fuere el autor, propietario, o no propietario. Autoriza la protección judi-

cial de esa posesión, para mantenerla y para reintegrarla. Autoriza la usucapión.

En la última, el buen sentido ya indica que si el ejercicio de un derecho engendra la adquisición definitiva de él, ese derecho ha de ser delimitado por el que lo ejerce, y que se adquirirá la propiedad, el usufructo, la servidumbre predial, si se ha poseído como poseen los propietarios, los usufructuarios, los dueños de inmuebles dominantes. Mal puede usucapir la propiedad el que reconoce que pertenece a otro, o el usufructo, el que paga precio locativo. El *animus rem sibi habendi*, es pues esencial para la prescripción adquisitiva.

Pero solo para la usucapión. No para los demás efectos de la posesión.

No para la defensa contra los ataques de quien pretende o no pretende derecho a las cosas poseídas. Es insostenible que el labrador deba permanecer indiferente, y esperar la lejana acción policial, para impedir la devastación de sus sembrados.

La destrucción de ellos estará consumada cuando llegue el auxilio, si efectivamente llega.

Y tampoco es necesaria para la protección judicial, por vía de la acción posesoria. No basta la acción que resulta de los actos ilícitos, como no basta para los poseedores, *animus domini*, porque esa acción es ilusoria contra los insolventes, y porque depende de juicios y pruebas onerosas y difíciles, que o no permiten que la justicia se pronuncie, o solo se ter-

minan cuando la ruina está consumada. Tampoco basta la acción del contrato como lo dice Savigny del locatario — Posesión, pág. 266 — porque depende de la actividad del locador, y de su voluntad, la defensa, y de su solvencia, la indemnización, y porque es lejana la acción y tardía para evitar los daños de la turbación o el despojo.

Y este amparo que se da al poseedor animus domini, hasta contra el verdadero propietario a quien no se permite siquiera la demostración de su buen derecho, se da también al locatario, al depositario, al detentador de toda suerte, aun contra su locador, depositante, o constituyente de su detención, porque no es por su propia mano que estos han de hacerse justicia por la fuerza o la sorpresa; deben también, como el reivindicante, recurrir a la autoridad, y ejercer su derecho por su medio. Es de toda necesidad establecer la perfecta igualdad de condición, como consecuencia del principio fundamental de la autoridad de Estado para dirimir las contiendas privadas: “Lo que es esencial para el legislador, decía el autor del Código Suizo, es la posesión misma sin otro carácter que el derivado del hecho que le da nacimiento. Lo demás no le interesa, y la intención de las partes es un asunto que sale del cuadro de la ley”. Huber, *Exposé des motifs*, pág. 695.

Es la consecuencia de esos pensamientos que la posesión debe ser legislada en vista de la protección de las personas que tienen las cosas bajo su poder efectivo. Al revés de lo que dice la nota al artículo 2351, la teoría de la pose-

sión no debe organizarse en vista de la usucapión, porque esa es materia de la teoría de la propiedad ya que es un medio de adquirirla, y porque es un resultado lejano y eventual de la posesión. Por lo mismo que esta se distingue del derecho de dominio, y se prescinde de su existencia y prueba al considerarla como institución autónoma, es que debe ser legislada por sí y para sí, aun opuesta al verdadero propietario, declarando los efectos de ella, como tal posesión, y no como causa de adquisición de derechos reales sobre las cosas.

No obstante el prestigio indiscutido que las ideas de Savigny ejercían sobre la doctrina universal, parece que tuvo una vislumbre de la realidad el redactor de la nota del artículo 2351. Allí prometía tratar de la posesión que "solo sirve para los interdictos o acciones posesorias", posesión que, según parece desprenderse del párrafo, es distinta de la posesión definida en el artículo 2351, esto es, la posesión *animus domini*.

Pero es lo exacto que en las acciones posesorias, se habla siempre de posesión, sin alterar el concepto definido en el artículo 2351, y nadie puede autorizar una limitación de un concepto preciso, definido por la ley, y laboriosamente distinguido de la llamada "tenencia simple". No obstante existir un capítulo especial sobre ésta, no se ve en parte alguna que autorice acciones posesorias. Sin embargo los artículos 3939 y 3944, reconocen al simple acreedor con derecho de retención, la posesión y las acciones posesorias, allí donde ciertamente no hay *animus domini*, y donde hay una situa-

El que posee como usufructuario, usuario, locatario, depositario, u otro título análogo, en cuya virtud está auto-

ción menos caracterizada que en la locación cuya relación consiste en entregar una cosa para usarla directamente, lo que no ocurre con la retención.

Los códigos recientes han abandonado sin reserva las teorías romanas sobre la posesión a título de dueño, y seguimos la evolución no precisamente por espíritu de imitación, sino porque es el resultado de investigaciones jurídicas profundas, y para nosotros indiscutibles. Sea cual fuere la causa de una posesión debe ser amparada: el poseedor, esto es, el que tiene una cosa bajo su poder, posee porque posee.

Art. 1. — § § 854 y 868 Código Alemán. Los artículos 919 y 920, Código Suizo, 485 y 486, Código Brasileño, reproducen de los primeros la doctrina aunque con variantes de expresión.

Hemos creído conveniente acentuar en nuestra redacción, si bien a costa de una repetición de palabras, el principio del § 868 Código Alemán, porque, dada la tradición jurídica que informa a nuestro Código, no hemos querido dar lugar a duda de que tanto el titular del derecho, u obligado, es poseedor, como aquel respecto de quien existe la posesión. Y no es este siempre el propietario solamente. El usufructuario puede arrendar, y entonces hay tres poseedores, dos mediatos, y uno inmediato.

La fórmula del Código Alemán es más comprensiva que las de los Códigos Suizo y Brasileño, en cuanto a la exis-

rizado, u obligado, respecto de otro a poseer temporariamente una cosa, es poseedor de ella, y también lo es la persona respecto de la cual existe su derecho u obligación.

tencia de las dos posesiones. Porque no es preciso que estas existan por razón de la transmisión que el poseedor hace de la cosa, como lo dice el primero de éstos, o, como lo hace el segundo, porque de él la tenga de inmediato. No es necesaria la condición de una transmisión de uno a otro. Cuando por un testamento se lega la nuda propiedad a una persona, y el usufructo a otra, o se constituye una servidumbre predial, hay dos poseedores, cuya posesión no deriva una de otra, por acto de ellos. Las dos nacen al mismo tiempo por virtud de un hecho ajeno.

El artículo alemán no considera el caso de la servidumbre predial, que no es temporal sino perpetua. Y con razón. En ella hay dos posesiones inmediatas, cada una dentro del límite de la respectiva condición jurídica. Posee el que detenta el fundo sirviente, pero debe sufrir el ejercicio del derecho del poseedor del predio dominante, que, por lo mismo que es por razón de ejercicio de un derecho real efectivo o pretendido, se ejercita inmediatamente sobre la cosa, sin intermediario alguno.

Eso demuestra que el concepto de posesión mediata o inmediata no es conexo con el de posesión originaria, o derivada, ni tampoco con el de desmembración, como lo comprueba el caso del depósito, el comodato, la locación.

Esto en cuanto a las condiciones constitutivas.

El primero es poseedor inmediato; el segundo poseedor mediato.

Pero es cierto que debe existir conexión entre las respectivas posesiones, en virtud de la causa de ellas, porque es evidente que si el poseedor mediato posee es por el medio del inmediato que tiene el poder efectivo sobre la cosa. Debe ser, pues, reconocida, o, por lo menos, no incompatible la situación del poseedor que algunos llaman alto poseedor (*oberbesitzer*) a quien pasará la cosa terminado el período temporáneo de la posesión inmediata. En caso de desconocimiento procede contra el poseedor inmediato la acción posesoria del poseedor mediato. (Endemann, *Sachenrecht*, § 32, nota 7, y Dernburg, *id.* § 13, número 3°).

Algunos escritores llaman, sin embargo, a esa relación posesión derivada. El mismo Código alemán, § § 941, 986, 991, habla de la posesión inmediata como de posesión derivada, sin que de ello pueda deducirse conexión necesaria entre los dos conceptos: *id quod plerumque fit*.

Es un resabio de la teoría de Savigny. Este caracterizaba la posesión derivada diciendo, § 23, (como lo repite el Código Suizo) que "Lo que hay de peculiar aquí es que un poseedor anterior transfiere su *jus possessionis* sin transferir también su propiedad". Pero, si es eso lo más frecuente, no es característico de la posesión mediata e inmediata, porque ni la posesión en el usufructo constituido por prescripción (artículo 2817), ni en el legal (artículo 2816), ni en la servidumbre predial del artículo 3017, ni en el derecho de uso, en su caso (artículo 2949) ni en el derecho de retención

del poseedor condenado a restituir (artículo 2428), ni en otros casos que pudieran citarse, provienen de transferencia hecha por el propietario, ni la servidumbre predial, aunque puede en algunos supuestos ser derivada, constituye en ninguno de ellos posesión mediata. (Véase Strohal, Rev. de Jhering, tomo 38, pág. 25).

Lo esencial es que esta concorra con la inmediata que por su medio se ejercita. √

De nuestro artículo resulta que el principio romano (L. 3 § 5, 41, 2, D.) de “*plures eandem rem in solidum possidere non possunt; contra naturam quippe est, ut, quum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris*” queda excluido, por lo menos en el sentido en que lo entendía Paulo, y, al contrario, se vuelve a la opinión de Sabino y Trebacio que el Digesto desestimaba. (Endemann, Sachenrecht, § 32 nota 7; Dernburg, id., § 13, número 3).

También es inaplicable otro de los principios clásicos, de que no se pueden poseer partes materiales de una misma cosa, porque puede alquilarse una habitación de una casa, un muro para poner avisos, etc. Planck, sobre el § 865; Gierke, II, § 114, número 4, III.

Sobre toda esta materia, además de los escritores ya citados, puede verse: Gierke, D. privatrecht, II, § 114, II y III; Wendt, Das Faustrecht, Rev. de Jhering, tomo 21; Planck, Kommentar, tomo 3, sobre el § 868; Wolff, Sachenrecht, § 8, que admite la posesión derivada, contra la cual se pronuncia Strohal, Sachbesitz, Rev. de

Art. 2. — Cuando alguien ejerce en la casa o establecimiento de otra persona y para ella, el poder efectivo sobre

Jhering, tomo 38; Kober (Staudinger), Sachenrecht, sobre el § 868.

Art. 2. — § 855, Código Alemán y artículo 487, Código Brasileño. En el Código Suizo que tan de cerca sigue al primero, no se ha reproducido ese artículo, no porque, como lo cree Cornil — Possession, pág. 86 — haya querido ir más lejos que el Código Alemán, extendiendo a toda clase de detención, aun a la de las personas sometidas, la posesión de las cosas que se les han confiado, sino precisamente por la razón contraria.

No se ha reproducido el artículo, dice el autor del Código Suizo, Huber, — Exposé des motifs, pág. 699 y siguientes, — porque se encontraron dificultades para precisar la distinción en la Comisión revisora, no obstante estar todos de acuerdo sobre el principio. Expone diversas fórmulas que proyectó para expresarlo que no se juzgaron satisfactorias en su redacción. Finalmente se decidió dejar a la práctica el cuidado de resolver cuando no había otra posesión que la del patrón, excluyente de la del servidor, y cuando debían verse dos posesiones por no existir relación de dependencia, sino de vinculación jurídica de negocios.

Es, sin embargo, necesario, como lo dice, establecer el principio, por consecuencia, de la solución dada a la posesión concurrente mediata e inmediata, la cual es, a su vez, determinada por el reconocimiento del carácter de poseedores a

un objeto, o está sometido, en virtud de relaciones semejantes de dependencia, a obedecer sus instrucciones respecto de la cosa, solo la última tiene la posesión.

los que ejercen poder efectivo sobre las cosas. (Véase Jhering, Posesión, Oeuvres choisies, II, páginas 226[8]).

En el hogar doméstico la posesión, es del jefe de familia, y sus subordinados no ejercen sino para él, bajo su dirección, su poder, que es, en cierto modo, mecánico. Y lo mismo, los empleados y obreros, en un comercio, o manufactura.

El concepto general es manifiestamente exacto. El ferrocarril, la compañía de vapores a quienes se ha entregado una mercadería para su transporte, el banquero que guarda los títulos depositados, son poseedores, y no servidores del cargador o depositante, porque si están sometidos a cumplir el contrato, la cosa entregada no está bajo la autoridad de éste, y sus órdenes no serían obedecidas por los empleados encargados del transporte o guarda. Nadie recibiría mercaderías o valores, si el dueño pudiera intervenir en el transporte o guarda, por su acción directa.

El concepto de la detención doméstica del derecho romano, es por la naturaleza de las cosas mismas, determinante de la situación que contempla nuestro artículo, y que, en lo moderno, se extiende cada vez más en el comercio, en las industrias manufacturera y de transportes, en la explotación agrícola, por causa del empleo de trabajo libre y dirigido. La línea de separación entre lo que Bekker (Posesión de muebles, Rev. de Jhering, tomo 30, pág. 26) llamó por

primera vez, con una locución ya general en la literatura jurídica, servidor de posesión, por oposición a mediador de posesión (poseedor inmediato), es del orden experimental, de hecho.

“Servidor de la posesión es el que relativamente a una cosa, no ejerce, en virtud de su dependencia de otro, un poder que le compete, sino que usa del poder que corresponde a ese otro, según el concepto corriente en las relaciones de negocios. La medida decisiva para la determinación de esa situación, es, pues, también aquí la opinión general en las relaciones económicas”. Planck, III, sobre el § 855, número 2.

Por eso hemos precisado aun más la definición del Código Alemán, que según Dernburg, Sachenrecht, § 14, número 2, no es bastante circunstanciada.

No es, pues, instrumento de la posesión de otro, el que en virtud de contrato, cargo, o autoridad, está obligado a guardar, transportar, administrar, con independencia del interesado, etc., cosas que tiene en su poder, sino el que depende de quien inmediatamente actúa en las cosas por las órdenes que imparte y ejecuta el empleado. El banquero de Berlín, dice Dernburg, que vive en París, posee inmediatamente su casa de banco y sus valores, por las órdenes que trasmite al gerente: este es servidor y no poseedor inmediato.

“Es decisivo para la relación dudosa, decía la 2ª comisión redactora del Código Alemán que introdujo el § 855, que

quien ejerce la posesión para otro, no tenga contra él una acción civil para mantener la posesión, especialmente un derecho de retención”.

Y agregaba: “Una redacción absolutamente libre de duda será, sin embargo, apenas posible para estas excepciones. La Ley debe limitarse a enunciar los principales casos y dejar a la ciencia y la práctica que fijen por una razonable interpretación la recta aplicación del § 797 a” (ahora § 855).

Protokolle, (2ª comisión) tomo III, páginas 31|2.

Y v. Jhering, de quien se toman todas estas doctrinas, daba las siguientes reglas en su Besitzwille (1):

“Distingo tres categorías en las relaciones de detención:

1ª La detención doméstica... La fórmula en que se puede expresar legislativamente no ofrecerá dificultad alguna; la expresión “relación de tenencia doméstica” podría bastar para el juez por no dejarle ninguna duda sobre la cuestión de en que caso debe aceptarla”.

“2ª La detención procuratoria. Tiene lugar cuando el objeto de la entrega de la cosa consiste en que el que la recibe se hace cargo de realizar con ella algo para el dador. Cuando esto suceda por orden del patrón a los dependientes de su casa, caerá esta relación bajo la categoría de la deten-

(1) El capítulo XIX de esa obra, en que se encuentran los pasajes recordados y en el cual el autor estudia el primer proyecto del Código Alemán, ha sido suprimido en la traducción francesa por creerlo de poco interés para el lector extranjero.

Art. 3. — Se suprime el artículo 2352.

Se reproduce el artículo 2363.

Art. 4. — Se reproducen los artículos 2353 y 2354, modificados así:

ción doméstica; en el estado de hecho de la detención procuratoria, debe agregarse el supuesto de que alguien entrega una cosa con aquel mismo objeto a una persona que no es de su casa (hausgenossen)..."

"El resultado, jurídicamente expresado, es este: el detentador procuratorio será poseedor, cuando debe ser traída a su casa la cosa que se le ha entregado, con lo que tendremos el principio: la guarda confiere posesión".

"3° La detención momentánea.

El acto externo de entrega de la cosa puede no revelar si la relación debe ser permanente o momentánea... Pero las circunstancias lo explicarán. Cuando alguien en el teatro me pide mi antejo, o mi horario en el ferrocarril, es claro que la cosa se ha entregado para una utilización inmediata y solo momentánea; cuando un amigo me toma prestado un libro, al contrario, como no puede leerlo en el acto, sino que debe llevarlo a su casa para ese objeto, debe necesariamente guardarlo algún tiempo...". Véase además, Huber, Exp. des motifs. páginas 699 a 702; Wolff, Sachenrecht, § 6; Kober id., sobre el § 855, y los escritos ya citados de Baron, Bekker, Strohal; Saleilles, Possession des meubles, pág. 25 y siguientes.

Art. 4. — El artículo 2354, habla de la interversión de título por la creación de uno nuevo por parte del poseedor

Nadie puede cambiar por sí mismo, ni por el transcurso del tiempo, la causa y las cualidades o los vicios de su posesión.

Tal como ella comenzó, tal continúa siempre mientras no se cree un título nuevo de adquisición. No habrá inter-

o detentador, puesto que incluye al poseedor vicioso, calificativo que, según los artículos 2364 y 2372, comprende al poseedor precario que ha recibido la cosa con la obligación de restituirla.

Conviene circunscribir la noción y precisar las condiciones de la interversión.

No la hay por el solo hecho de constituir un nuevo título, si este no es comunicado al poseedor a quien perjudica — pues si se le deja ignorándolo, la posesión es clandestina y oculta, y, además, si no se oponen hechos que son contrarios a la posesión mediata haciendo lo que no se podía hacer o impidiendo lo que en virtud de esta podía hacerse. Si no se oponen hechos, ningún motivo tiene el poseedor mediato para proceder desde que su posesión no se impide por la sola circunstancia de efectuar el inmediato actos jurídicos dependientes de su voluntad no seguidos de efectos contrarios al estado de las cosas.

La simple contradicción o comunicación del desconocimiento que según el Código Francés, artículo 2238 produce interversión, no puede tener como efecto extinguir las relaciones jurídicas y sus obligaciones por voluntad de uno solo de los interesados. El inquilino que se alza contra el locador, o que adquiere los derechos efectivos o pretendidos de un

versión de título por el solo hecho de comunicárselo al poseedor mediato, si esa noticia no es acompañada de hechos que priven a éste de su posesión, o que no pueden ser ejecutados por el poseedor inmediato de las cosas de otro.

tercero, a la cosa, no por eso deja de estar ligado por un contrato: artículo 2447. La **dejectio debe** pues resultar de otra cosa que de comunicaciones y ha de oponer hechos contrarios a la posesión. Por eso el artículo 2354, habla solamente de constitución de un nuevo título de adquisición, y no de contradicción o desconocimiento del título anterior.

Si no se opusieron hechos contrarios a este, aunque hubiera título nuevo, en la mayoría de los casos habría reconocimiento del estado anterior, que privarían — en cuanto a la posesión, — de sus efectos al nuevo título, el cual quedaría en la condición de pretensión no ejecutada: artículos 2447 y 2458. (Belime, Posesión, páginas 96[7 y 101].

Parece inútil agregar que la interversión de título no produce, por sí sola, la pérdida de la posesión del poseedor mediato. El inquilino que compra la propiedad de tercero, no se encuentra en mejor condición que éste, y debe reivindicar, a menos que la inacción o conformidad del locador le haga perder la acción posesoria para amparar su posesión.

Sobre este asunto, v. Jhering, *La voluntad*, capítulos I, X, II, y XX, número 8; — Dernburg, *Pandette* I, 2 § § 179 y 183; y *Sachenrecht*, § 12, número 3. — Si conductor rem vendidit, et eam ab emptore conduxit, et utrique mercedes prestitit, prior locator possessionem per conductorem rectissime retinet: L. 32 § 1, 41, 2, D.

Art. 5. — Se suprime el artículo 2355, y se sustituyen los artículos 2356 y 2357, por el siguiente:

Art. 5. — La supresión del artículo 2355 es determinada por varias razones. No es preceptiva, sino didáctica. No es, además, exacta. El poseedor inmediato puede tener un título perfectamente legítimo de su derecho, por ejemplo, el arrendatario en la locación hecha por el poseedor regular del inmueble, propietario, usufructuario, locatario, etc., inscrito regularmente en el Registro, y sin embargo, puede no ser el locador propietario, o usufructuario, verdadero, y, por consiguiente, “no tenía derecho a poseer la cosa, o no lo tenía para transmitirla” como lo dice el artículo 2355. La base de la legitimidad en los poseedores inmediatos debe juzgarse según las reglas de los efectos de la publicidad en relación de los terceros de buena fe. Carece, por consiguiente, de objeto decir cuando el título es legítimo. Es asunto de otros institutos.

Por último, dada la reforma que sobre la buena fe contiene el texto proyectado que envuelve un concepto de la legitimidad, es inconveniente establecer conceptos paralelos, sino idénticos, porque los efectos de la posesión de buena fe son, — o deben ser, — los de la **posesión** legítima, efectiva, o similar.

En cuanto al nuevo texto con que sustituimos al de los artículos 2356 y 2357, contiene tres correcciones importantes:

1° La posesión de buena fe no es solamente la que deriva de ignorancia o error, esto es, la que no es ejercicio

El poseedor es de buena fe cuando el derecho que ejercita se funda en título y por ignorancia o error de hecho

de un derecho **válido y verdadero**. Va de sí que esta, la realmente "legítima", es de la misma categoría.

2* La ignorancia o el error de hecho no tiene razón de ser que no exista para los de derecho.

Sin repetir las consideraciones generales que hemos expuesto en otra oportunidad, y limitándonos a la posesión, debemos decir que es incompatible la solución del artículo 2356, con la de los artículos 3428, 784 y 858, porque estos demuestran que puede haber error legítimo con efectos legales, no obstante reputarse la ley conocida por todos.

Agréguese, que el pago es legítimo aunque es fundado en error de derecho, y que la tradición que es el medio más usual de transmitir la posesión, es generalmente un pago, por cumplimiento de las obligaciones asumidas. Y como del error de derecho solo surge una facultad en el que efectúa el pago de repetir lo pagado, se sigue el doble resultado de que, si no se intenta la repetición, la posesión, no obstante el error legal, es legítima y perfecta; y, además, que si se intenta, el estado anterior ha sido de una **posesión** legítima, que no impedirá todos sus efectos, sino en caso de haberse recibido de **mala fe**: artículo 786. El poseedor, dice ese texto "debe ser considerado como el de buena fe".

Por último nótese que tratamos aquí de la posesión respecto de sus efectos propios, y no de usucapión de inmuebles, y sería una iniquidad el privar al poseedor humilde, o medio, que se equivoca sobre el alcance de las leyes que no

o de derecho, está persuadido de su legitimidad. El título putativo equivale a un título existente si el poseedor tiene

conoce aunque se pretenda que sabe lo que los juriconsultos no saben, de los frutos, producto de su trabajo, o de las indemnizaciones a que tendría derecho por sus mejoras.

Y no exceptuamos, ni al que posee con título nulo por vicio de forma. Si esto permitiera la ley, sería que ella se pone al servicio de la expoliación. Entre las clases trabajadoras es frecuente la adquisición de tierras a plazos, bajo el supuesto de que no se les otorgará la escritura sino concluido el último pago. Hay, pues, nulidad del título, por defecto de forma. ¿Y las víctimas del despojo serían consideradas, por su candidez, por su **buena fe crédula**, poseedores de mala fe?

Porque la buena fe no está definida para el caso especial de la usucapión de inmuebles, sino en general para todos los efectos. Sin duda que para prescribir con título se necesita, no ya título solamente, sino título inscrito según luego se proyectará, pero para la percepción de frutos, la indemnización por las mejoras hechas en el inmueble, etc., es inútil establecerlo. Es consecuencia de la idea fundamental de la posesión como instituto independiente del dominio, la de que el poder efectivo en la cosa pueda obtenerse legítimamente de quien la entrega por un acto jurídico regular, y esto aunque no sea efectivamente dueño, siempre que el adquirente lo considere tal. En las cosas muebles por la sola entrega, en ese supuesto, el poseedor se hace dueño. En las inmuebles, es solamente donde se requieren otras condiciones, entre ellas las de forma. Pero para la propiedad. El que por

una creencia razonable en su existencia, o para extenderlo a la cosa poseída.

un contrato regular aunque privado, conviene en la adquisición de quien cree ser dueño con razón suficiente o plausible, no adquiere el dominio. Pero adquiere el poder de hecho. Tiene la cosa, y la tiene sin abuso, sin usurpación, sin atropellar el derecho ajeno, en virtud de su contrato, y de la tradición real que se ha efectuado de quien lo puede. Ninguna mancha oscurece su conciencia: es de buena fe.

Véase en Demolombe, 9, números 608|9; Aubry y Rau, 2, § 206 2º; Laurent, 6, números 218|9, la demostración de nuestra proposición, que es la solución de la Corte de Casación de Francia. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, Des biens, números 309|10; Colin y Capitant, I, páginas 230|1; Planiol, I, número 2293; Hue, 4, números 120|1.

En cuanto a la creencia del poseedor en la existencia de título, hemos sustituido la fórmula del artículo 2357, “tiene razones suficientes para creer”, por la de “tiene una creencia razonable”, porque no se trata de que sean razones efectivamente suficientes las que hayan determinado la opinión del poseedor, sino de las que a él le parecieron suficientes según su grado de ilustración y las demás circunstancias del caso, y puede admitirse razonablemente, que, de hecho, pasaron sobre su juicio; véase Demolombe, 9, número 610.

En cuanto a la noción de la mala fe, Dernburg, Sachenrecht, § 47, número 7. Es particularmente importante establecer la buena o mala fe, en relación con el sistema de Re-

La posesión es de mala fe cuando el poseedor sabía o debía saber la ilegitimidad de su título.

Art. 6. — Se sustituyen los artículos 2358, 2362 y 4008, por el siguiente:

La buena fe se presume, y basta que haya existido en el momento de la adquisición. En el sucesor universal se juzga por la de su autor, cualquiera que sea la convicción personal. En el sucesor particular se juzga por la propia de él.

Se sustituyen los artículos 2358 y 2361, por el siguiente:

Art. 7. — En la percepción de frutos la buena fe debe existir en cada acto. La buena o mala fe, del sucesor del poseedor, sea universal, sea particular, será juzgada con relación a él, y no por la del antecesor.

Art. 8. — Se sustituyen los artículos 2364, 2365, 2366, 2367, 2368, 2371 y 2372, por el siguiente:

La posesión es viciosa cuando se ha adquirido, o continuado, por delito contra el poseedor, o los que tenían la

gistro de los inmuebles. El conocimiento de los vicios del título puede ser difícil de probar, pero no lo es el haber debido conocerlos, pues la negligencia grave que equivale al conocimiento puede ser demostrada y apreciada. "Pues es de justicia, dice aquel escritor, que se soporten las consecuencias de la culpa propia, y no se perjudique con ella a los terceros que no tienen nada que reprocharse".

Arts. 6 y 7. — En cuanto al primero sustituye el artículo 2362 por el artículo 4008.

cosa por él; o, si se trata de inmuebles, por violencia material, o moral, o clandestinamente, contra ellos, o con violación de la obligación de restituir la cosa recibida. Lo es, sea que los hechos hayan sido ejecutados por el poseedor vicioso, o por sus agentes, o con su conocimiento, o con su aprobación posterior.

Art. 8 bis. — La posesión viciosa puede ser siempre

Art. 8 bis. — § 858 Código Alemán, artículos 2475 y 2491, Código Civil. Este distingue en cuanto al sucesor particular, según que se trata de un adquirente directo, o de uno mediato. Pero, la razón de ser de la disposición misma no autoriza distinciones entre los adquirentes que conocen el vicio, y que van trasmitiéndose la posesión viciosa, sin interrupción de una de buena fe. Ni el derecho canónico que la estableció por el canon del Concilio de Letrán de 1215 limitó a unos poseedores del bien despojado la solución — Bruns, Derecho de posesión en la Edad Media y en el presente, pág. 179 — ni la establece el artículo 927 del Código de Chile, que en la nota del 2491, se cita, ni es posible admitirla sin inconsecuencia. Se considera viciosa la posesión del que la adquiere a sabiendas del poseedor violento (1) “porque es inevitable, pues de otra manera se haría

(1) “Soepe contingit, decía el canon, ut quod spoliatus iniuste per spoliatorem in alium re translata dum adversus possessorem non subvenitur per restitutionis beneficium spoliato commodo possessionis amisso, propter difficultatem probationum juris proprietatis amittit effectum. Unde non obs-

opuesta al sucesor universal, y al particular si adquirió la cosa con conocimiento del vicio de la posesión de su autor.

La posesión viciosa lo es solamente respecto del poseedor perjudicado por los hechos que la califican.

Art. 9. — Se sustituyen los artículos 2369 y 2370, por el siguiente:

Hay clandestinidad cuando los actos por los cuales se tomó o continuó la posesión fueron ocultos, o se realizaron en ausencia del poseedor, o de sus subalternos, o con precauciones para sustraerlos al conocimiento de quienes podían oponerse a ella.

vana la persecución de la posesión, transmitida por donación, venta, o un acto cualquiera de disposición". (Endemann, Sachenrecht § 42, nota 17). "Pero solo el sucesor de mala fe puede ser perseguido y todos sus sucesores que sabían como él que la posesión fué adquirida por hechos de violencia. La cadena solo se interrumpe por la mediación de un poseedor de buena fe". (Idem, nota 18). El que adquiere de quien la tuvo sin conocimiento del vicio, aunque personalmente pueda tenerlo, sucede a una posesión no viciosa.

tante juris civilis rigore sancimus, ut si quis de cetero scienter rem talem receperit quum spoliatori quasi succedat in vitium eo, quod non multum intersit, proessertim quoad periculum animæ injuste detinere ac invadere alienum contra possessorem hujusmodi spoliato per restitutionis beneficium succurretur".

Art. 10. — Se sustituyen los artículos 2359 y 2360, por el siguiente:

Art. 10. — El Código, artículos 2365 y 2366, nos dice que la posesión violenta se califica tanto por actos del poseedor, como por los de sus agentes, y hasta por la aprobación posterior de los actos de tercero, lo que comprende el mandato, la gestión, y aun el hecho que es ajeno a esas relaciones.

Ese principio es manifiestamente aplicable a la clandestinidad, y así lo proyectamos. En definitiva, toda posesión es viciosa por razón de la naturaleza del acto de adquisición ejecutado por el poseedor, o sus agentes.

Y se comprende. Se trata de un vicio relativo al anterior poseedor. Este ha sido perjudicado, y en razón de él se trata de juzgar la posesión que se le opone.

Es, pues, el acto realmente obrado por el autor de él lo que hay que considerar, y por consecuencia, lo que se ha ejecutado por orden del que beneficia de él, o sin ella.

Y la buena fe no puede obedecer a otra regla. Porque es el convencimiento de que la posesión es legítima. No se comprende como puede la posesión de una corporación, de una sociedad, de un mandante, ser de buena fe, en caso de violencia, de clandestinidad, robo, o abuso de confianza. Si la mayoría de los socios, o de los miembros de una corporación, saben o no saben, o fingen que no saben (la buena fe se presume, y hay que probar lo contrario, en caso necesario) lo que sus agentes, que en las personas jurídicas, y en las ideales, son los órganos necesarios de su acción, hicieron.

Si varias personas poseen una cosa la posesión se juzga con relación a cada una de ellas.

Tratándose de personas representadas, o de una sociedad, o de una persona jurídica, se aplicará lo dispuesto por el artículo 4, título de la representación, parte general.

al apoderarse de las cosas para ellas, es completamente indiferente. El poseedor despojado por la fuerza, o con ocultación, despojado queda. Y la persona ideal tiene en su poder lo que se arrebató a otro para que ella lo tuviera.

Es, por consecuencia, cierto que no depende de saber si hubo mayorías, o minorías, o si hubo votos iguales, el calificar la legitimidad de una posesión. La razón de así resolverlo es, por su índole, general. No se comprende una distinción para juzgar una clase de posesión ilegítima, la viciosa, y de manera diversa la posesión ilegítima del que, a sabiendas de que no pertenece el bien a quien lo enajena, lo adquiere para la sociedad o corporación de que forma parte. Sería, repetimos, extraordinario esto de adquirir a bajo precio cosas de título defectuoso, para lucrar con ellas, y sostener después la inocencia de los favorecidos.

No. Los órganos de las personas ideales son ellas mismas cuando obran actos jurídicos, y estos son, o deben ser, juzgados como se han realizado, y no como no se han ejecutado. En las corporaciones, los miembros son independientes de la persona jurídica, y los actos de sus órganos no son actos de los asociados, son **actos de ellas**. Si en los delitos, según lo hemos proyectado, no incurrn en responsabilidad,

CAPITULO I

De la adquisición y pérdida de la posesión

Art. 11. — El poder efectivo sobre las cosas se adquiere

no se deduce de ahí que puedan enriquecerse a costa de las víctimas.

No modifica la situación, la deliberación de los miembros de una corporación autorizando un acto. Es como la resolución de un Juez para que un tutor realice una operación por cuenta de su pupilo. Es autorización, y no mandato, porque no emana del representado: la persona jurídica.

En definitiva, se trata de un caso de nuestro proyectado artículo 4, título de la representación, Parte general. — § 166, Código Alemán, que según todos los intérpretes se aplica a la adquisición de cosas y a la posesión para calificarla: Planck, I, sobre el § 166, número 1; Dernburg D. Recht, I, § 168, IV, 1; Enneccerus, I, § 169, II, número 1; Staudinger, I, sobre el § 166, 4 — La L. 2, § 10, 41, 4, D. dice: Si servus tuus peculiari nomine emat rem, quam sit alienam, licet tu ignores alienam esse tamen usu non capies. L. 14, 50, 1, D: Municipales intelliguntur scire, quod sciant hi, quibus summa reipublicae commissa est. En el mismo sentido, artículo 337, Código Austriaco.

Art. 11. — Los artículos 2373 a 2376, califican la aprehensión exigiendo que se efectúe animus domini, y en presencia de la cosa. El artículo 2375, confundiendo propiedad con posesión, parece exigir como elemento necesario la falta

por su aprehensión. Se agregará en segundo párrafo el artículo 2384.

de un dominio anterior, lo que es manifiestamente inexacto, desde que el ladrón se hace poseedor, vicioso es cierto, pero poseedor, de la cosa hurtada (artículo 2364). Por último, el artículo 2376 no constituye un caso de aprehensión, — esto es de adquisición originaria de la posesión, — sino de tradición por acuerdo de las partes: hay sucesión en la posesión.

Ahora. Dejando de lado la cuestión ya examinada del *animus domini*, el artículo 2374, obedece a la doctrina de Savigny.

Jhering ha demostrado el error de este al exigir para la aprehensión la presencia de la cosa. Es inexacta esa opinión aun en derecho romano. L. 55, 41, 1, D; *Summan tamen hanc puto esse, ut, si in mea potestate pervenit, meus factus sit*, dice Proculus, del jabalí caído en la red y puesto en libertad sin noticia del que la tendió. v. Jhering, *Fondement des interdits*, capítulo X. — Dernburg, *Pandette*, I, 2, § 178 y nota 4.

Como lo dice Proculus, basta que una cosa haya llegado a la potestad de una persona por acto suyo — o ajeno, agregamos, — para que haya posesión.

¿Cuándo puede decirse que hay potestad de hecho?

“Todos los ensayos para analizar el concepto (de poder efectivo) han resultado vanos; se trata de una idea elemental. Si hay poder efectivo en la relación de una persona con una cosa, debe decidirse según la opinión corriente en las relaciones usuales. Poder sobre una cosa, es lo que según la

inteligencia común aparece como tal. "Wolff, Sachenrecht, § 5, III. Dernburg, Pandette, I, 2, § 178: "Basta que se ponga la cosa en poder propio de una manera durable, esto es, que, según el curso ordinario, se pueda contar con la efectiva disposición de la cosa misma. Decide en cada caso, el conjunto de las circunstancias".

Y todo esto es exacto para cualquier acto de adquisición: aprehensión, custodia, tradición, que no difieren entre sí, sino por el consentimiento de un poseedor anterior, si le hay.

No es necesario conocimiento del adquirente, ni plena capacidad jurídica en él. Cuando el correo deposita en una casa un paquete o una carta, en ausencia del dueño, éste sin saberlo, y sin quererlo por consiguiente, tiene poder efectivo sobre la cosa. Y si la entrega se hizo en virtud de algún acuerdo, hay tradición. Si fué por error, hay aprehensión, y puede haber custodia.

Las reglas de nuestro Código sobre adquisición por tradición, son contradichas por la vida real. Cuando un banco comunica al comprador de efectos en el extranjero que pase a retirar, previo pago, el conocimiento de embarque de las mercaderías vendidas, cuando se entrega al corredor encargado de negociarlos, el certificado de depósito de los títulos existentes en un banco, cuando se endosa un warrant, cuando se mandan al propietario las llaves de la casa arrendada, hay tradición perfecta y completa por la entrega de los respectivos documentos porque se ha puesto a las personas en la plena posibilidad de efectuar su voluntad en las cosas, sin que sea esta menos efectiva, porque no se haya estado

en presencia de ellas. Al contrario, decía v. Jhering, cuando se entregan las llaves del depósito en que se hallan hay más seguridad de que nadie se apoderará de las cosas, que en muchos casos de *custodia*: la posesión es efectiva. No son estos casos de posesión simbólica. Nada hay de símbolo. Se entregan poderes reales y directos.

Sobre estos asuntos las legislaciones modernas se van uniformando. Y no solamente la legislación general civil, con los Códigos Alemán, § § 854 y 856; Suizo, artículos 919 y 922; 485 y 493, Código Brasileño, sino las legislaciones comerciales, y la especial de todas las naciones, respecto de warrants, bancos, ferrocarriles y las innumerables formas en que la vida de los negocios viene imponiendo las facilidades de transmisión, como en las clasificaciones de cereales, de materias primas para las industrias, de combustibles, etc. Las cosas se transmiten por documentos y transmitidas quedan, sin otras formalidades, si han conferido por su medio poderes de disposición sobre ellas, reales y efectivos. La posesión será mediata o inmediata. Por eso, para responder a esas necesidades, se ha establecido la clasificación de esas dos especies.

El orden de ideas que preside la disposición del artículo 2388, no condice con el que preside las de los artículos 2379 y 2380. El sistema de adquisición de derechos reales basado en cuanto a los inmuebles en la publicidad por vía de inscripción, altera substancialmente todo el régimen del Código sobre tradición calculado sobre el concepto de hacer cono-

Art. 12. — La posesión se trasmite a los sucesores universales del poseedor.

Art. 13. — El acuerdo del poseedor anterior y el adquirente trasmite la posesión cuando éste se encuentra en

cida la situación jurídica de esos bienes a los terceros por medio de la posesión.

Art. 12. — Artículo 3418 Código Civil.

Art. 13. — § 854, 2º, Código Alemán; artículos 922|4 Código Suizo y artículo 2386, in fine, Código Civil

La transmisión por acuerdo no exige cuando se refiere a inmuebles la escritura pública, lo que requiere una mención expresa de excepción a la regla general.

La tradición *brevi manu* a que se refiere el artículo 2383, no tiene ya razón de ser, porque los tenedores son poseedores inmediatos según la regla fundamental del sistema posesorio. La posesión mediata se extingue o transfiere según la disposición que por punto general, se establece adelante. La posesión se transfiere también según el principio de este artículo 13, a los servidores o subalternos del artículo 2.

El acuerdo de que habla nuestro artículo es un acto jurídico. Su nulidad impide los efectos de la transmisión. Pero puede dejar detrás de sí una adquisición originaria por aprehensión de la cosa. Véase Dernburg, *Sachenrecht*, § 18, número 2.

situación de ejercer su poder efectivo sobre la cosa. Este acuerdo no exige forma dada para su validez.

Art. 14. — La posesión mediata puede ser transferida al poseedor inmediato, o a cualquier otra persona, por la cesión que se le hace del derecho a la restitución de la cosa.

El constituto posesorio queda dentro de la disposición del artículo 13 pero toma una forma restringida a la posesión mediata. La inmediata continúa en el constituyente.

Nuestro artículo establece un caso de trasmisión de la posesión por sucesión particular. La posesión (salvo en lo relativo a cosas muebles) es la del autor, con sus caracteres y extensión. Es a título de dueño, o de usufructuario, o de locatario, etc. Todo, sin perjuicio, de lo ya establecido sobre buena fe y sobre violencia o clandestinidad.

Cuando por nulidad del acuerdo, se impide ese resultado, si continúa de hecho el adquirente con la cosa, su posesión es independiente u originaria. Sobre estos asuntos Dernburg, § 18; Wolff, Sachenrecht, § 11. Planck sobre el § 854; Staudinger-Kober, Sachenrecht, sobre el mismo artículo.

Art. 14. — § 870 Código Alemán; Argumento del artículo 2387, y artículos 2388 y última parte del 2390 Código Civil. La redacción general de nuestro proyectado texto abraza todas las especies detalladas en esos artículos, y en cuanto a la remisión de las mercaderías queda comprendida en el artículo 13.

Sí, tratándose de la transferencia de documentos que dan derecho a la entrega de cosas muebles confiadas a un

Ni el artículo 2389 tiene relación con la posesión sino con el cumplimiento e individualización de las prestaciones, ni los artículos 2390 — salvo el último período — y el 2391 se refieren a otra cosa que a cesión de derechos creditorios. La posesión no comprende sino objetos materiales. La llamada posesión de derechos se guía por otros principios.

Por otra parte, la regla que establece el artículo 2388, es inexacta en cuanto dispone que la tradición de cosas muebles se entiende hecha por la entrega al agente que debe transportarlas cuando se remiten por cuenta y orden de otros, y esto no es exacto ni aun cuando, como lo dice el texto, el comitente hubiere determinado o aprobado el modo de remitirlas.

Es un caso particular y no es una regla. En las convenciones que son tan frecuentes, de que la entrega no queda hecha sino por retiro del conocimiento contra pago o puesta la mercadería en el wagón, o desembarcada del buque en que fué cargada, remitida por consiguiente de acuerdo con la convención que determina el medio de transporte, el puerto de entrega, y otros detalles, la posesión no se adquiere por el envío. Y por este estilo, muchos otros casos.

Las reglas verdaderas son las que hemos proyectado para la entrega e individualización de las cosas designadas por su género o cantidad, las reglas del pago (artículo 747) y las del acto jurídico en cuya virtud se procede a su ejecución por medio de la entrega.

agente o a un empresario de transportes, o de depósitos, u otros papeles semejantes, el adquirente se encontrase en conflicto con un adquirente de buena fe a quien se hubiese hecho entrega real de las cosas, este último será preferido.

Sí, por ejemplo, se embarca una mercadería en puerto y fecha dada, por determinado medio, vapor, buque de vela, rápido, o lento, etc., la tradición queda o no queda hecha, según deba efectuarse en virtud del convenio. Por eso dice nuestro artículo, que "el acuerdo trasmite la posesión cuando el adquirente se encuentra en situación de ejercer su poder efectivo sobre la cosa". Si por ese acuerdo se entrega a un agente del adquirente (artículo 2386) o la pone en un lugar designado por éste, o de cualquier otra manera se hace lo convenido, hay tradición. En otro caso, no. Véase Dernburg, Pandette, § 214, número 2; Windscheid, id. § 155 a). En el caso del artículo 14, también hay acuerdo. Respecto del último párrafo, artículo 2412, Código Civil, y 925 Código Suizo.

No proyectamos disposiciones sobre la entrega de cosas hechas por o a representantes, por inútiles. Si hay representación invocada, son las partes representadas las que por su medio obran los actos de que resulta tradición, y, por consiguiente, nada hay que resolver sobre intenciones de los que entregan y reciben por cuenta de las personas a quienes dicen representar. Estos representantes serán según su carácter de servidores, o de agentes autónomos, simples ejecutores mecánicos, y el principal será poseedor inmediato, o a la inversa lo será mediato, y ellos poseedores inmediatos.

Art. 15. — En sustitución del artículo 2392, el siguiente:

La posesión que se adquiere por acuerdo con el poseedor anterior requiere en el trasmite y en el adquirente la libre administración de sus bienes.

Si no se invoca representación, por el comisionista, por ejemplo, la relación, por eso mismo, se establece con él. El principal, cuyo nombre no ha aparecido en el acto, permanece ajeno en relación del trasmisor; pero en virtud de su mandato, el comisionista, es poseedor inmediato, tiene derecho de retención, etc., y el comitente es poseedor mediano.

Las reglas generales bastan por consiguiente.

En cuanto al último párrafo, argumento del § 935. Código Alemán. Véase Planck-Brodman, sobre el § 870, números 7º y 8º; artículo 925, Código Suizo.

Art. 15. — El artículo 2392 es de dudosa significación. Resuelve solamente que ciertas personas son incapaces de adquirir la posesión por sí mismas. No distingue de posesión originaria, y de posesión por tradición. La expresión es, pues, anfibológica, porque, exacta la solución para la posesión por aprehensión, no lo es para la posesión por transmisión convenida o derivada.

La doctrina está algo vacilante. Pero la transmisión por acuerdo, por lo mismo que lo exige, no puede resultar sino de un acto jurídico que reúna todas las condiciones de tal. La tradición, además, constituye enajenación si es a título de constitución de derecho real, en materia de cosas mue-

Los representantes legales pueden convenirla dentro de los límites de su poder.

La posesión originaria puede adquirirse por aprehensión, por los que tuviesen diez años cumplidos, y por toda persona que no carezca de su discernimiento en los términos prevenidos por el artículo 921.

La posesión se adquiere sin conocimiento, y sin discernimiento, cuando por acto de tercero se ha puesto una cosa bajo el poder efectivo de una persona capaz o incapaz.

bles, e implica acto de administración, y de abdicación de derechos en todos los demás casos. Tradición no es necesariamente concepto idéntico al de pago, pues en este se dan otros efectos que los de transmitir posesión, pero es exacto que el pago de cosas se hace por tradición de ellas. Los incapaces de efectuarlo no pueden realizar actos de tradición, y los incapaces de recibirlo, no pueden adquirir la posesión **por transmisión** (artículos 731 y 738, Código Civil; y 2601, en cuanto a tradición de dominio).

Hay, pues, que limitar la disposición del artículo 2392, al caso de la posesión originaria. En cuanto al menor emancipado nuestro texto lo comprende, dentro de los actos que puede obrar sin autorización, y también, en su caso, cuando obtenga la judicial necesaria.

En lo referente a la adquisición de la posesión originaria, a que el artículo 2392 debe ser limitado, preferimos la redacción del 921, que es más extenso y exacto. Se trata en aquel caso de un hecho jurídico y no de un acto de igual naturaleza. Basta, lo dice el texto de aquel, y la ley romana,

Art. 16. — Se reproduce el artículo 2400, al cual se agregará en párrafo separado:

La posesión de las heredades confinantes con bienes del

que haya discernimiento natural. Limitamos, con el artículo 2392, y la doctrina uniforme, a la edad de diez años, — que los escritores alemanes reputan excesiva pues admiten discernimiento en materia de posesión debajo de los siete años, — la incapacidad de adquirir, armonizándola así con la de responsabilidad por actos ilícitos, pues la posesión originaria puede adquirirse por esta clase de hechos. Véase Dernburg, *Sachenrecht*, § § 18 y 103, número 2. — Endemann, *id.*, § 34, número 4, y § 30, número 2; — Wolff, *id.*, § 10 y 11; — Planck, sobre los § § 854, número 2, 856, número 3, y 935, número 2; Staudinger-Kober, sobre el § 854.

En cuanto al último período, están todos conformes. Los envíos del correo, la entrega de objetos por error, o sin previo acuerdo a cualquiera, los presentes de parientes a los infantes, y cien otros hechos de la vida diaria, justifican la disposición. Véase Strohal, *Rev. Jhering*, 38, páginas 71|5; Bekker, *id.*, 34, página 28. Dernburg, *Sachenrecht*, § 17, números 2 y 4.

Art. 16. — En las cosas de dominio público, los particulares pueden tener derechos privados, esto es peculiares de ellos, y no de uso común a todos. Pero se trata entonces de concesiones, que no son regidas por el derecho civil. Así el Código, artículos 1501 y 1502, lo dispone para la locación que es regida por el derecho administrativo.

dominio público se extiende a estos en la medida que autoriza el derecho de usar y servirse de ellos.

Se agregará, por párrafo separado, el artículo 2403.

Art. 17. — Se modifica el artículo 2405, así:

No se puede poseer a título de dueño partes materiales de una cosa.

En la posesión de cosas por otro título, sea por usu-

Pero los derechos de los propietarios colindantes con calles y caminos, con ríos o lagos no navegables, a servirse de ellos, no solo son declarados por el derecho civil, sino que orgánicamente constituyen una manera de ser de la propiedad que la ley común de derecho privado define, y aun sujeta a cargas. La posesión se extiende a esos bienes públicos por ser derecho inherente a la del inmueble dado: artículo 2420, Código Civil.

Art. 17. — Dentro de la teoría que limitaba la posesión al *animus domini*, no se podían poseer partes de cosas. Pero es perfectamente posible ejercer un poder efectivo sobre esas partes: el locatario de un piso, posee esa parte material de la casa, y no las restantes. El usuario (artículo 2957) puede poseer también partes materiales. El poseedor de un predio dominante (artículos 2998, 3021, 3032), se halla en el mismo caso. Y también el usufructuario.

Por punto general las cosas muebles no admiten posesión por partes materiales. Pero no puede erigirse en regla respecto de ellas la imposibilidad — salvo el caso ya indicado en el artículo — de uso por partes materiales. Puede

fructo, servidumbre predial, locación, u otros modos de uso, la posesión de partes materiales y determinadas de las cosas será juzgada según la naturaleza y extensión del derecho ejercido.

arrendarse por parte, bodegas y camarotes de buques, construcciones no inmovilizadas, — artículos 2319|22 — prestar-se ruedas para sustituir en un vehículo las destruidas por un accidente, etc. Véase Dernburg, Sachenrecht, § 15, número 3; — Endemann, Sachenrecht, § 39; Strohal, Rev. de Jhering, 38, página 33.

En todos los casos es necesaria la determinación de la parte poseída. No se comprende un poder efectivo en partes no circunscritas: se puede arrendar una pared para poner avisos, no se puede arrendar el brazo solamente de una estatua. La utilización se considera bajo el punto de vista económico y en relación de cada objeto.

La propiedad exige otra solución, ya que no hay dominio posible en partes limitadas de muebles, ni en construcciones separadas del suelo, etc.

En cuanto a la última parte, artículo 2410.

No reproducimos la disposición del artículo 2402, por inútil. Si la posesión es un poder efectivo no se ve como sea necesario explicar que ha de ejercerse sobre cosas determinadas.

Tampoco se conserva la del artículo 2404 por la misma razón, y además porque es equivocada, si su significado es

No se puede poseer la parte incierta de una cosa.

Art. 17 bis. — Se reproduce el artículo 2409, al cual se suprimirá la palabra “indivisible”.

Art. 18. — Se sustituyen los artículos 2445, 2446, 2447, 2448, 2449, 2451, 2452, 2453, 2454 y 2458, por el siguiente:

Lo posesión se pierde por el abandono efectivo de la cosa hecho por el poseedor capaz, o cuando pierde su poder efectivo sobre ella de cualquier otra manera.

La posesión se conserva cuando el ejercicio del poder

el que le da la nota (aunque no lo mencione el texto), porque si en un rebaño hay animales ajenos, hay posesión inmediata si de buena o mala fe se pretenden propios, y la hay también inmediata si se guardan para entregarlos a quien pertenezcan. Ese artículo responde a la teoría del *animus domini*.

Las que el artículo llama cosas compuestas de cosas distintas y separadas, son tales cosas separadas, y la posesión no puede concebirse como poder efectivo sino sobre cada una de ellas. La unidad no existe jurídicamente. — Véase nota al artículo 2764. — Y lo mismo ocurre con lo declarado en el artículo 2406.

Por último, lo dispuesto por el artículo 2411, no es sino la repetición o aplicación del principio del artículo 2353.

Art. 18. — Decimos que la posesión se pierde por el abandono efectivo de la cosa, y no, como lo dice el artículo

efectivo es interrumpido por un impedimento que, según su naturaleza, es transitorio.

Se juzga que la posesión continúa mientras no ocurra un hecho que cause su pérdida.

Art. 19. — Se sustituyen los artículos 2450 y 2457, por el siguiente:

La pérdida o extravío de una cosa sin probabilidad de encontrarla, causa la de su posesión. No se pierde mientras la cosa no haya sido sacada del lugar en que fué puesta por el poseedor o sus subalternos, aunque no recuerden donde se puso, sea en la casa, sea en la heredad propia, o en la agena.

Art. 20. — Se modifican los artículos 2459 y 2451, así:

La posesión se pierde en caso de especificación cuando según lo dispuesto por este Código adquiere la propiedad el transformador.

También se pierde cuando la cosa es puesta fuera del comercio.

2445, que la posesión se conserva por la sola voluntad, que se juzga continuar mientras no se manifieste una voluntad contraria.

La posesión no es cuestión de animus; es de poder efectivo, real. El abandono exige, como todo acto jurídico, la voluntad de realizar un objeto con consecuencias legales, pero del cual resulte lo que es su propósito: perder la posesión esto es el poder efectivo. Si se conserva realmente, poco importa la voluntad: es un propósito no realizado. Por

Art. 21. — En sustitución de los artículos 2455 y 2456:

La posesión se pierde cuando se ha desposeído de la cosa el poseedor mediato o inmediato, y ha dejado transcurrir un año sin ejecutar acto alguno de posesión, o sin turbar la del que la usurpó.

Art. 22. — La posesión mediata se ejerce y conserva por el medio del poseedor inmediato.

Art. 23. — Se presume, salva prueba contraria, que el que ejerce un poder efectivo sobre cosas muebles, las posee a título de dueño si pretende tenerlas en ese concepto.

Si empezó a poseer a otro título, o se encuentra en el caso del artículo 2, se presume que continúa bajo el mismo concepto.

eso dice el § 856, Código alemán que la posesión se extingue cuando se abandona el poder efectivo por el poseedor. En la posesión mediata el abandono se realizará por la ejecución de los actos que extingan las acciones restitutorias que competen contra el poseedor inmediato.

Art. 23. — La institución del Registro exige la subordnación de los inmuebles a otro principio. Para los muebles nuestro artículo salva las dificultades que en derecho francés se tocan respecto de las alegadas donaciones manuales de los domésticos y otras personas.

Art. 24. — El poseedor inmediato debe entregar la cosa al poseedor mediato, terminada su posesión, de acuerdo con lo determinado por el título o causa constitutiva.

Si tuviese derecho a retribución, o a indemnizaciones por gastos o mejoras podrá retener la cosa hasta ser satisfecho por el poseedor mediato.

Art. 24. — Artículos 2462, 2465 y 2466. Se suprimen todos los de este capítulo VI, "De la simple tenencia de las cosas".

El 2464, será trasladado a los lugares oportunos.

CAPITULO II •

De las obligaciones y derechos inherentes a la posesión

* Trata el Código en el capítulo 2º de este título, de la presunción de propiedad que es “efecto de la posesión de cosas muebles” según lo expresa el epígrafe. En el título del dominio, de la aprehensión y tradición de las mismas, y en el de las acciones reales, artículos 2765 a 2771, se detallan las circunstancias que caracterizan la presunción y sus efectos, precisando las condiciones mismas de su existencia.

Conviene tratar la materia con la unidad que el asunto impone. Y no solamente por razón de método, que es cuestión secundaria, sino por la profunda influencia que ejerce el principio de la adquisición del dominio sobre las soluciones de aplicación de que la acción reivindicatoria, y las otras conexas con la constitución de aquél, son meras aplicaciones.

La presunción de propiedad no es efecto de la posesión, ni aún de la de buena fe, porque no existe en el caso de ser la cosa robada o perdida. La posesión no engendra por sí, en estos casos, resultado en cuanto a la propiedad presunta. Sin embargo, son casos bien caracterizados de posesión, y, en cuanto al poseedor, iguales a los que la hacen presumir.

Tampoco ampara — artículo 2414 — a los que en virtud de “contrato o de un acto lícito”, y de muy buena fe, poseen.

' La posesión no es, pues, la determinante de la regla del artículo 2412.

En cambio, ella causa demostración de otra cosa que no es la posesión. Demuestra el dominio.

La apropiación por aprehensión hace adquirir la propiedad. La tradición, produce el mismo efecto. No hay dos momentos jurídicos distintos. En el acto de aprehensión, — artículo 2525 — se adquiere, no la posesión separada del dominio, sino el dominio mismo. En la tradición, — artículos 577 y 2601 — se produce instantáneamente la propiedad.

Y esto, aunque no sea dueño el tradente, en el caso normal del artículo 2412.

La cuestión es entonces de propiedad y no de posesión. Será efectiva, o presuntiva. Pero siempre propiedad.

Para que se dé el caso del artículo 2412, es menester que el poseedor arguya con la propiedad. Si no la invoca, no funciona esa regla. Para combatirla, se invoca la propiedad. El debate recae sobre una acción en que todos pretenden tener dominio, y lo prueban por determinados medios (1).

(1) Esa sola circunstancia ha determinado en el Código alemán la exposición de la teoría completa de la reivindicación como una unidad, que comprende la de las presunciones, esto es, la de las pruebas con que se defienden por actor y demandado las respectivas pretensiones sobre propiedad. Planck sobre el § 1006, Código alemán, número 2.

La buena fe es esencial para la presunción. Y la buena fe en las cosas que han tenido dueño, — en la inmensa mayoría de los casos, por consiguiente — no se concibe sin título de adquisición. Prueba, otra vez, de que no está en juego la posesión por sí sola, sino ligada a otras condiciones conexas con la adquisición del dominio.

Ahora bien. Si existe una teoría legal de la posesión, independiente de la existencia de un derecho de que es ejercicio y consecuencia, en ella no puede tratarse del dominio de las cosas muebles. Se trataría de amparo de la posesión, y no de amparo del dominio, como ocurre con las acciones posesorias. La sentencia que recae sobre éstas deja expedita la acción de reivindicación: la cuestión de dominio, está intacta.

En el caso del artículo 2412 y sus proyecciones, lo que se discute es el dominio, y lo que se ampara es ese derecho. La sentencia es definitiva, y tras de ella no queda la posibilidad de un nuevo debate. Se ha juzgado **una acción reivindicatoria**.

Se vé, entonces, porqué ha sido conducido el Código a tratar esta materia como un caso de esa acción, no obstante haber creído que el principio constituía un efecto de la posesión considerada, como en todo el título que trata de ella, con independencia del dominio.

Ver en esta materia un capítulo de la posesión, es crear un punto de vista inexacto que tiene influencia, como en su

momento se explicará, en la recta inteligencia de la teoría de la propiedad de las cosas muebles.

——— Tampoco es efecto de la posesión considerada como aspecto externo, independiente del derecho que se pretende ejercitar, la adquisición de frutos, ni la materia entera de las indemnizaciones a que da lugar la sentencia dictada en la acción de reivindicación de que se ocupa el capítulo 4º de este título en el Código.

Los frutos se adquieren por la percepción, esto es, por un hecho de aprehensión. Si han de restituirse o no, es materia ligada no con la posesión, sino con la sentencia que ha declarado la oposición de ella, con una propiedad ajena. Cuando la oportunidad que abre la obligación de restituir, se ha producido, la declaración del derecho ajeno, ha desvanecido las apariencias de la posesión, considerada como situación jurídica independiente del derecho que se pretende ejercido por ella. El poseedor, se constituye en un acreedor con derecho de retención de la cosa. Es esta una posesión inmediata, es cierto, según las reformas que proyectamos: pero el cambio es profundo. Ahora hay poseedor mediato: el propietario vencedor. La antigua posesión transformada, esencialmente alterada, solo subsiste para cobrar un crédito. No autoriza los demás actos de posesión: cultivo, explotación económica, o jurídica, construcción, etc. (artículos 2462, 5º, y 2466).

Se trata de un capítulo del dominio, — la apropiación, la accesión por edificación o plantación, — de la acción de reivindicación, y del enriquecimiento sin causa.

Art. 25. — Se reproduce el artículo 2416, y se le agregará como segundo párrafo separado el artículo 2419. Se pondrá después de “la posesión”, en el primero: “a título de un derecho real”.

Se suprimen los artículos 2417 y 2418.

Art. 26. — Se reproducen los artículos 2420 y 2421.

El último se pondrá como segundo párrafo separado del primero. Se agregará al 2420: “a título de un derecho real”.

Art. 26 bis. — Los poseedores a título de derechos personales estarán sujetos a las obligaciones, y podrán usar de las facultades de que hablan los dos artículos anteriores, que estén de acuerdo con la naturaleza de los derechos en cuya virtud poseen.

Art. 25. — Supresión del artículo 2417. Constituye uno de los dos casos principales de la obligación de exhibir, que también debe existir para obtener la presentación de instrumentos y documentos. Se trata en capítulo especial en el Libro 2º, parte especial.

La del artículo 2418 es determinada por tratarse de un caso incluido dentro del artículo 2416. Las obligaciones derivadas de la vecindad, son generales a todos los poseedores indeterminados de cosas determinadas.

CAPITULO III

De las defensas y las acciones posesorias

Art. 27. — Se reproducen los artículos 2468 y 2469. Constituirá éste un período separado del primero.

Art. 28. — Se reproduce el artículo 2470. Se le agregará en párrafo separado:

Ese derecho puede ser ejercitado por el poseedor, o, en su nombre, por los que tienen la cosa como subordinados de él, y en todos los casos del artículo 8, del presente título.

Art. 29. — Cuando una cosa pasa del poder de su poseedor o subordinados, a un fundo poseído por otro, este debe permitir a los primeros buscarla y extraerla, si la cosa no ha sido tomada en posesión en el intervalo.

El poseedor del fundo puede exigir una indemnización por el daño que se la haya causado por esa busca y por la

Art. 28. — Argumento del artículo 2367, § 859, último inciso, y 860, Código alemán.

Art. 29. — Son las costumbres legales e inmemoriales de nuestro país en lo concerniente a ganados: artículos 26 a 29, 32, 81 y siguientes, 172[8, 192]6, 215, etc. Código Rural de la provincia de Buenos Aires, y los semejantes de los de las otras; § 867, Código alemán cuyo texto reproducimos sin más variantes que la de agregar “o subordinados”, lo que está en su doctrina. Artículo 700, Código suizo.

extracción. Puede rehusarlas si tiene motivo razonable para temer se le cause daño, hasta que se le de una garantía, a menos que haya peligro en la demora.

Art. 30. — Se modifica el artículo 2471, así:

Siendo dudoso el último estado de la posesión entre el que se dice poseedor y el que pretende despojarlo, o tur-

Vá sin decir que el daño causado por la cosa misma se rige por las reglas generales de esa materia. Dernburg, Sachenrecht, § 29, número 6.

Decimos, costumbres legales, no obstante estar consignadas en leyes, porque las provincias carecen de autoridad constitucional para legislar sobre posesión y derechos sobre los bienes, aunque la tienen para dictar medidas legales de policía.

Art. 30. — El artículo 2471 después de decidir como se resolverá la duda en presencia de dos posesiones incompatibles, estableciendo que prevalecerá la más antigua, todavía agrega otra regla subsidiaria, si por el primer medio no pudiese decidirse la situación efectiva.

Dispone que se juzgará que posee el que tuviese derecho de poseer o mejor derecho de poseer.

Muy grave es eso. Y más que grave es erróneo.

Toda la teoría de la posesión como entidad jurídica autónoma, se funda en la necesidad de asegurar la tranquilidad social, e impedir que por hechos de los interesados, y fuera de su acción en justicia, se prive a las personas del

barlo en ella, se juzga que la tiene el que probase una posesión más antigua.

ejercicio de los derechos cuyo goce efectivo tienen. Si alguien pretende poder sobre la cosa que otro posee, que lo reclame ante los jueces. El que posee, nada tiene que demostrar: posee porque posee. Por eso no puede acumularse el petitório con el posesorio.

En consecuencia, se ampara la posesión. Hay que respetarla, porque existe. No hay nada que preguntar en cuanto al título. Con demostrar que se tiene perfecto, o excluyente, nada se adelanta, para justificar el atropello contra el poseedor a quien se ha tomado lo que tenía o se le perturba en el goce de lo que tiene, por una causa que no necesita demostrar.

Si no se puede establecer quien posee, porque los hechos y las circunstancias no lo dejan aclarar, porque son equívocos, accidentales, susceptibles de ser interpretados como de simple tolerancia, etc., la falta de prueba, no transforma el juicio. De los títulos podrá resultar la calificación de los hechos que por sí dejan dudas. En la servidumbre poseída, o ejercida, discontinua, o continua no aparente — artículo 3017 — que solo puede constituirse por título, es claro que el hecho de la posesión está necesariamente calificado por el título. No puede prescindirse de él para amparar la posesión.

Pero en todos los demás casos, de los títulos no puede resultar que efectivamente se posee. Solo puede aclararse

El Juez no puede examinar los títulos respectivamente presentados para reconocer o desconocer la posesión, sino únicamente para apreciar la naturaleza, extensión, y eficacia de ella.

Cuando no fuese posible determinar según las circunstancias expresadas quien tiene la posesión, o cual de las dos posesiones es la más caracterizada, ordenará el Juez

por ellos, en que calidad se posee, o en que extensión, si probados los hechos de posesión, hay alguna ambigüedad en las circunstancias. Pero la posesión misma no puede resultar del título, — o no hay jamás acción real ordinaria, — ni tampoco de cual título sea mejor. Porque se posee sin título, o con título imperfecto, y si es así, el Juez no puede desalojar la defensa de *possideo* quia *possideo*, sentenciando la cuestión de derecho a poseer, que no ha sido planteada por medio de la acción procedente, con latitud de medios de defensa y prueba, en un juicio sumario, de discusión y medios limitados. No ha resuelto lo que se le pedía: defensa de la posesión. Ha resuelto lo que no se le pedía: defensa de la propiedad.

Si del título solo puede resultar derecho a poseer, y no la posesión misma, no se vé como en virtud de él puede el Juez decidir que esta exista en presencia de hechos opuestos y dudosos, y concluir que porque un título es mejor que otro, hay poder efectivo, actual, real y verdadero, que permite el uso inmediato, económico y jurídico, de una cosa.

que las partes ventilen su derecho en el juicio petitorio, y dispondrá el secuestro de la cosa a las resultas de ese juicio.

El artículo, reproducido del artículo 4025 de Freitas, no tiene precedente en la literatura jurídica moderna (1).

(1) En la antigua, Dunod, Dumoulin, Faber, la enseñaban, pero ni un solo escritor después de los Códigos modernos la admite. Merlin, Questions, V^o Complainte, § 2, que transcribe la opinión del primero, aprobaba, al contrario, en el dictamen que expuso ante la Corte de Casación, la sentencia recurrida, según la cual “se declaraba expresamente que no se examinaban los títulos respectivos de las partes, sino **relativamente a la posesión**, y no para juzgar de su validez en cuanto al fondo”. Véase además, Rep., V^o Servitudes, § 35, número II, bis.

Además de Merlin, véase sobre este asunto: Toullier, 3, número 716 — Belime, Possession, números 394 y siguientes, y 450² — Aubry y Rau, 2^o, § § 186, número 3, y 187, número 5, — Demolombe, 12, números 942, 945 y siguientes; — Pardessus, Servitudes, 2, número 325 — Boitard, Proc. civile, 1, número 634, — Glasson et Tissier, Proc. civile, 1, números 203 y 208 — Ricci, Dtto. civile, 5, número 93 y 102. — Dalloz, Rep. V^o action possessoire, números 756, 758³, 760⁷, y Sup., igual V^o, número 185 y siguientes. — Stolfi, Dtto. civile, II, 1, número 124, b).

Art. 31. — Se reproduce el artículo 2472.

Art. 32. — Se reproduce el artículo 2482, al cual se agregará el 2483, como segundo párrafo separado.

Art. 33. — Se reproduce el artículo 2484, al cual se agregará como segundo párrafo el 2485.

Art. 34. — Se reproduce el artículo 2486.

En las servidumbres, en los casos ya indicados del artículo 3017, es indispensable, como lo dicen los fallos citados por Merlin, justificar la constitución por título para amparar la posesión efectiva de ellas, puesto que no pueden existir legalmente sino por ese medio.

Pero jamás, nadie, ha extendido a regla general, esa solución de caso particular. Y no lo hubiera podido sin borrar la distinción fundamental entre posesión — poder efectivo, — y propiedad o derecho real, — poder facultativo.

Por último, cuando el Juez no tiene pruebas bastantes para resolver sobre el estado de hecho, justificado por su ejercicio y explicado, aclarado, por los títulos, no tiene sino dos caminos posibles. O el que nuestro artículo adopta, o el de adjudicar la posesión en común.

El general de absolver de la demanda por falta de pruebas, es inadmisibles desde que la hipótesis es la de pretensiones contradictorias a la posesión. Absolver a uno, es condenar sin pruebas al otro.

Belime pensaba que la adjudicación provisoria en común o por separado era forzosa porque consideraba la de ordenar el envío al juicio petitorio, denegación de justicia. También

Art. 35. — El que sin consentimiento del poseedor, lo desposee o lo turba en la posesión comete un acto ilícito, a menos que haya procedido autorizado por la ley.

Art. 36. — El que ha sido desposeído tiene acción para pedir al autor de la desposesión, y sus sucesores, universales y particulares, aunque sean de buena fe, su reintegro en la posesión.

La acción no procede cuando la posesión del demandante ha sido obtenida por él, del demandado o sus autores, en el caso del artículo 35, y ha sido adquirida durante el año que precede a la desposesión del demandante.

Art. 37. — El que ha sido turbado en su posesión en el caso del artículo 35 puede reclamar del perturbador y sus sucesores, aunque sean de buena fe, la cesación de la

lo es, adjudicar en común, limitar la posesión total exclusiva pedida, y ejercida según las pruebas que son, precisamente por eso, dudosas. La posesión no evitaría los conflictos enconados por el pleito indeciso, y agravado por la denegación de las acciones posesorias deducidas.

El conflicto no puede ser decidido sino por el medio que nuestro artículo adopta (artículo 617, Código holandés).

Artículos 35, 36, 37. — § § 858, 861 y 862, Código alemán; artículo 927, Código suizo.

Antes de explicar los fundamentos de los artículos proyectados con que alteramos profundamente el sistema de las acciones posesorias del Código, conviene examinar en que consiste y señalar sus notorias deficiencias.

turbación. Si se temiesen nuevas perturbaciones, el poseedor puede pedir además, sean prohibidas en lo futuro.

Son dos las acciones posesorias que admite: la de turbación, y la de despojo. Decimos así, porque según los artículos 2498 y 2499, la obra nueva constituye un caso de despojo, o uno de turbación, según que se ejecute en inmueble poseído por el actor, o en uno poseído por el demandado. No hay, por consiguiente una acción posesoria de categoría distinta de las dos ya indicadas.

Se ha dicho que la acción de despojo de nuestro Código no es posesoria. Se vé en ella una *réintégrande* a estilo francés, que se cree libertada de las condiciones generales requeridas para las posesorias. Y si ha de decirse la verdad, las vacilaciones de pensamiento que aparecen de las redacciones de los artículos 2490, 2491, y 2494, han facilitado las interpretaciones que, sin embargo, no tienen más fundamento que las reminiscencias del derecho francés.

Que la acción de despojo, es acción posesoria, no puede ofrecer dificultad. Lo dice el artículo 2482. Resulta, necesariamente, además, de los artículos 2487, 2494, 2495 y 2496, porque las acciones posesorias son o para obtener la restitución, o de manutención de la posesión, en caso de turbación. Y el artículo 2496 precisa que "solo habrá turbación en la posesión cuando alguien ejerciere con intención de poseer actos de posesión de los que no resultare una exclusión absoluta del poseedor". Si resultase, la acción sería de despojo: artículo 2497.

No procede la acción cuando el demandante ha adquirido la posesión del perturbador o sus autores, en el caso

Sí, pues, la acción de turbación solo procede en semejante caso, es claro que no comprende el de desposesión. No es, entonces, la **complainte** francesa que encierra los dos supuestos. Y la de despojo de nuestro Código, no es la **réintégrande** — entendida como lo quiere la Corte de Casación, y la doctrina fundada en su jurisprudencia. La acción de despojo de nuestro Código comprende todo caso de desposesión, por la fuerza de las cosas, o no hay acción posesoria para obtener la restitución de lo que se ha perdido sin violencia, desde que por la que sería única acción posesoria, según la interpretación que venimos examinando, la de turbación o manutención, no se puede obtener la reintegración: artículo 2496. Los artículos 2497 y 2498, confirman definitivamente la solución expresada.

Pero si es así, se ven las deficiencias de las redacciones. Bástenos decir que según los artículos 2490 y 2491, la acción de despojo no se da sino contra el autor de él, sus herederos, y cómplices. No se da contra los sucesores particulares que reciben la posesión de otro que el despojante **aunque fuesen de mala fe**.

De modo que si no hay otra acción de restitución que la de despojo así limitada, el poseedor a quien se ha usurpado su bien no puede recuperarlo, tanto de los poseedores actuales de buena fe, como de los que, a sabiendas de los actos de despojo, recibieron la cosa. Con deshacerse rápidamente de ella, el autor de un ataque armado contra la pose-

del artículo 35, y dentro del año que precede a la turbación.

sión de otro, haciéndola pasar a manos de una persona de buena fe, o sucesivamente a la de ocultadores de segundo grado, burla el derecho del poseedor despojado con violencia. La posesión no le ha servido para nada; la ley no la ampara: no es acción real. Mejor la defendía el Concilio de Letrán, en plena Edad Media. No es esa, seguramente, la *réintégrande* francesa, porque no impide, como nuestra acción de despojo, que se intente la *complainte* — la acción de turbación — para obtener la restitución de los poseedores actuales, sucesores del usurpador, aunque fuesen de buena fe. Y esto porque nuestra acción por turbación no permite el reintegro de lo que se perdió por expulsión total.

Si se agregan a las consideraciones que preceden las que resultan de la simple lectura de los artículos 2455[6 y 2468[9, hay que reconocer que la protección de la posesión tal como resulta de las disposiciones del Código es verdaderamente incompleta. Tanto que para salvar las dificultades insolubles que surgen de ellas, se ha recurrido por suprema necesidad a la conclusión de que la acción de despojo no es posesoria, no obstante los textos literales de los artículos 2482, 2496, 2497 y 4038.

No son esas las únicas deficiencias del sistema vigente. Pero conviene analizarlas a medida que se presenten en la exposición de los fundamentos del que sustituimos en nuestro proyecto.

De acuerdo con los artículos 2455[6], dice nuestro artículo 35 tomado del Código alemán, que constituye un acto ilícito apoderarse del bien poseído por otro sin su consentimiento. Se incluyen, por consiguiente, todos los casos posibles: de violencia moral, o material, de clandestinidad, de usurpación por los que deben restituir. Todos. Es la voluntad del que tiene un derecho lo que en una sociedad regular debe fundar un estado digno de la protección legal.

Y se declara además que hay en la usurpación, o desapoderamiento, por propia autoridad, sin consentimiento del poseedor, y sea cual fuere el derecho que se pretenda tener para hacerlo, — artículos 2468[9] — un acto ilícito, esto es un hecho que constituye al que lo realiza y a sus cómplices, en la obligación de restituir y de indemnizar. Del hecho surge, por consiguiente una doble acción: la personal de satisfacer el daño causado, y la real de acción posesoria dirigida contra todo poseedor actual. Según que éste sea de buena fe, o cómplice, quedará libre o responsable de las indemnizaciones, pero todos estarán sujetos a la acción posesoria de reintegro.

La unificación que el Código — salvas las deficiencias señaladas, — ha hecho de la acción posesoria de restitución, que el derecho francés, y sus imitadores el italiano y el holandés, distinguen en dos, **complainte** y **réintégrande**, se conserva en los nuevos artículos proyectados. Esa unificación se ha efectuado en los Códigos alemán y suizo, y se justifica por sí misma.

Toda posesión debe ser protegida contra la invasión de tercero. No hay dos clases de protección posibles. Si se ha usurpado la posesión por cualquier medio, violencia, ocultación, abuso de confianza, pérdida, (1), posesión era, y hay que restituir, pues nadie se hace justicia por su mano, salvo el caso de la defensa necesaria por la imposibilidad de ser auxiliado en tiempo útil.

Queremos decir que la protección posesoria debe ser apreciada por razón de la posesión y no por razón del medio o forma empleada para apoderarse de ella. En los tiempos modernos, no es el peligro grave, el uso de la violencia abierta. Más frecuente es el de la disimulación y la astu-

(1) Dernburg. — Bürgerliches Recht, III, § 24, número 3, piensa que al hablar el § 858, Código alemán, de falta de acuerdo o voluntad en el poseedor, es necesario proceder contra la voluntad de él. En el caso de pérdida, p. e., dice no se obra por el que se queda con la cosa, contra la voluntad del antiguo poseedor.

Pero el Código alemán, no habla de proceder contra la voluntad. Habla de adquirir sin ella, lo que es muy distinto. Comprende todos los casos posibles, con excepción del de tradición, o ratificación posterior. En cuanto al de pérdida, parece obvio que se procede contra y sin la voluntad del que la experimentó. En todo caso, es esta la solución de nuestro Código: artículos 2530, 2531[2 y 2534]9. Artículo 602, número 2, Código holandés.

cia. El que se apodera del bien de un ausente, o de un insano no provistos de representantes, causan el mismo perjuicio que el que abusa de la confianza del poseedor, o del que se oculta para quitarle lo suyo. La posesión es siempre viciosa (artículos 2364 y 2369), aunque no sea violenta.

Y, por otra parte, no se ve a qué tiende la especial **réintégrande**. Porque no se tramitan los juicios en forma distinta que la simple **complainte**. Todos son sumarios. Tampoco se comprende qué significa la sentencia de restitución — *spoliatus ante omnia restituendus*, — desde que puede deducirse después por el condenado la acción de restitución, también posesoria. La diferencia solo está en la exigencia de la posesión anual, de la cual después hablaremos. Y si hay que restituir más tarde ¿por qué no se examina ahora la cuestión de posesión, para juzgar de una vez lo que procede en justicia? Comete dolo, decía la ley romana, el que pide se le entregue lo que ha de restituir.

Todo, por consiguiente, concurre para no establecer sino una acción posesoria de reintegro en todas las hipótesis de apoderamiento.

Veamos, ahora, las condiciones de ejercicio de las acciones que protegen la posesión.

Exige el Código para ellas, la posesión anual. Pero no es necesaria cuando la opuesta no lo es.

Hay aquí también unificación. La acción de despojo está comprendida en esas disposiciones. Y bastaría esa sola razón para dejarla sin la fisonomía propia de la **réintégrande**.

Imitando a los Códigos holandés, alemán y suizo, y, en lo que se refiere a la **réintégrande**, por la jurisprudencia francesa, al Código italiano, artículo 695, y Código belga (reformado por la ley de 1876) artículo 4, no exigimos la posesión anual.

La posesión, debidamente comprobada, es por su propia naturaleza un estado, una situación, que, según las circunstancias de cada caso, exige la concurrencia de hechos inequívocos, constantes, reiterados o no, según la especie.

Exigir, además, que ese estado tenga una antigüedad de un año, y todavía, agravada la exigencia por la de no haber sido turbada por violencias reiteradas (artículo 2478) es, nos parece, injustificado. Porque “cualquiera que sea la naturaleza de la posesión, — y por consiguiente y con mayor razón, cualquiera que sea su duración — nadie puede turbarla arbitrariamente”: artículo 2469. Y ahora resulta que sí se puede turbarla, y que no tiene defensa la del poseedor injustamente turbado, dure lo que dure esa posesión siempre atacada, y siempre defendida. La ley no interviene. Deja que las violencias se sucedan. En la Edad Media se impedían. Nuestro Código dice que no hay acción posesoria posible, si el perturbador es un poseedor anual.

Nos parece que en este caso, el perturbador no merece el amparo que le presta la ley. Se hace justicia por sí mismo: viola el artículo 2468. La paz social exige otra cosa. Y lo demuestra que por la **réintégrande** se ha considerado necesario hacer intervenir a la justicia, sin preguntar al poseedor perjudicado cuanto tiempo hace que goza pacíficamente



de su posesión. A la primera de esas violencias que el artículo 2478, cree que pueden ser reiteradas para denegar toda audiencia a la víctima, las propias legislaciones que exigen la posesión anual, abandonan su exigencia, y amparan al poseedor.

No ha de olvidarse que la **réintégrande** se concede en caso no solo de violencia, sino de toda clase de hechos de que resulte posesión viciosa, — clandestina, por abuso de confianza, — y que por consiguiente en el estado actual de la civilización, se aplica a la clase más extensa y general de desposesión. No vale, pues, la pena de exigir la posesión anual para la defensa normal de los bienes, desde que para la mayor parte de los supuestos se dispensa de ella. La posesión, por la sola circunstancia de existir, exige protección, y el artículo 2471 nos ha dicho lo que hay que hacer cuando el último estado de ella es dudoso.

Para agravar la situación, el artículo 2478, nos dice que “para que la posesión dé acciones posesorias debe ser adquirida sin violencia”, y el artículo 2490, que “la acción de despojo corresponde a todo poseedor despojado... aunque su posesión sea viciosa”. Y lo que el Código entiende por tal, nos lo ha explicado el artículo 2364.

La teoría de las acciones posesorias no es, según se ve, firme, y la oscuridad es causada por las reminiscencias del derecho francés, que perturban todas las soluciones. Ni se ha tomado claramente su distinción de **complainte** y **réintégrande**, ni se ha dejado de reproducir disposiciones que

obedecen a su doble sistema. No hay claridad en las resoluciones adoptadas.

Tampoco coinciden las soluciones proyectadas, con la del código, artículos 2487 y 2488, que excluye de la protección por las acciones posesorias a las cosas muebles. Así es, en derecho francés. Pero es sugestivo que el Código italiano, que tan de cerca lo ha seguido, ha establecido lo contrario para el caso de despojo, que, como acabamos de verlo, es el más que principal, puede decirse, de desposesión: artículo 695. Los Códigos alemán y suizo, en cambio, conceden las acciones posesorias sin distinción de cosas muebles o inmuebles. La excepción del derecho francés ha venido desde el derecho feudal: *Vilis mobiliū possessio*. La vileza del valor que se consideraba propia de esa clase de bienes, y no otra razón, introdujo poco a poco el principio de su exclusión.

Se dice, ahora, para justificarla, que la posesión de ellas causa su propiedad, y que, por consecuencia, no hay controversia posible posesoria, desde que siempre se trata de una reivindicación. No hay instancia posesoria independiente; siempre es instancia petitoria.

Pero, esa cuestión exige un instante de reflexión. En nuestro país, es particularmente grave; la posesión de ganados, y la de máquinas agrícolas, y de locomoción, presenta una cuestión de la mayor importancia.

El Código alemán se ha determinado por una consideración que sus Motivos expresan en los siguientes términos: "El proyecto no hace distinción en cuanto a la protección posesoria entre cosas muebles y cosas inmuebles. No

sería justificada una limitación de la protección posesoria a los inmuebles, sino cuando no existiese una necesidad de ella para los muebles. Esto no puede concederse, sin embargo. En los casos de apoderamiento de su tenencia encuentra la acción de despojo, no pocas veces, aplicación. Si los casos de turbación son más raros, pueden, entretanto, también ocurrir cuando la tenencia de muebles, es modelada como la tenencia de inmuebles, p. e., en los buques, y embarcaciones habitadas, puestos o tiendas, etc.; habría aquí en tales casos dificultades graves, si se excluyera la acción posesoria de turbación, pues es, en ellos, dudoso si existe despojo o turbación de la posesión''. Motive, III, página 117. Véanse los artículos 2315, 2319, 2320², 1621, etc.

Se dice que en las cosas muebles solo hay una contienda posible determinada por la posesión: la de propiedad.

Pero eso es, claramente, inexacto. Porque la posesión de cosas muebles solo engendra una presunción de propiedad:

1º Cuando es de buena fe; artículo 2412;

2º Cuando se trata de terceros; porque no puede ser invocada por el tenedor que está obligado a restituirlas, o las hubo del actor por un acto nulo, o sujeto a resolución, lícito o ilícito: artículo 2414;

3º Aunque haya buena fe y se trate de terceros, cuando la cosa no haya sido robada o perdida: artículo 2412.

Por consiguiente en todos esos casos, que son los más frecuentes, y dado que solo se desapodera al antiguo posee-

dor frente a terceros, en casos de abuso de confianza, la supuesta razón no es exacta.

Los códigos italiano, alemán y suizo, tienen la misma regla de presunción sobre las cosas muebles, y sin embargo, admiten la acción de despojo, el primero y último (artículo 927), y las posesorias sin distinción el segundo.

Porque la protección del poseedor es posible por medio de juicios sumarios en que se acreditan los hechos que han traído la usurpación de las cosas, y se obtiene rápido reintegro. Mientras que si se niega en tales supuestos la acción posesoria, se le obliga a iniciar juicios ordinarios que si le dan resultado bajo el punto de vista económico, lo que es dudoso, no le permiten el reintegro, sino largo tiempo después, cuando las cosas han perecido o desmerecido en su condición. Y esto, porque la posesión **de buena fe**, causa presunción de propiedad; por eso no se ampara en ella al que prueba que la tiene y que no la ha perdido porque ha habido robo, pérdida, o complicidad del tercero, o porque tiene la cosa el mismo que la defraudó.

Tiene la acción civil de hurto, dice el artículo 2488. Sí, la acción civil, personal contra el ladrón o autor del abuso de confianza, dependiente de la solvencia de este, de la posibilidad de indemnizarse, ciertamente ilusoria. La acción civil que se persigue por juicio ordinario... No tiene la acción posesoria, real, contra cualquier sucesor de mala fe, o contra todo sucesor si hubo pérdida o robo. ¡La presunción **que no les ampara**, impide la defensa de la posesión!

La fuerza immanente de las necesidades, que forma las instituciones jurídicas, ha hecho que, en nuestro país, se ampare al poseedor de ganados, de máquinas, a quien se ha despojado de ellos, probando su posesión y el hecho del despojo. Las costumbres legales, más poderosas que las sutilezas del derecho erróneo, apoyadas en las leyes provinciales sobre propiedad de ganados, aparte, abigeatos, han corregido las disposiciones equivocadas del Código Civil. Incorporamos esa solución a las correcciones que consideramos necesarias sobre ese asunto.

No hemos hablado de la acción criminal. También es ilusoria. Un alto magistrado nos refería para incitarnos a esta reforma de que le hablábamos, que un ingeniero de su relación fué condenado a un arresto por desacato a un Juez de Instrucción de esta Capital. Consistía el desacato en haberse presentado denunciando el robo de un automóvil, y a la persona que lo había ejecutado. ¡Debía saber, dijo el Juez, que en materia de cosas muebles posesión vale por título, y que es prejudicial la acción civil de reivindicación!

Tales son las consecuencias de un falso principio legal. Véase Garsonnet y César-Bru, I, número 422, nota 7).

— El Código alemán concede las acciones posesorias contra los sucesores particulares respecto de los cuales la posesión es viciosa, entendida por tal, según el § 858, la de los poseedores que al adquirir tuvieron conocimiento del vicio de la posesión de su autor, es decir, del que la tomó sin la voluntad del poseedor.

Está esto de acuerdo con la modificación que oportunamente introdujimos en capítulo anterior, a la disposición del artículo 2491. También lo está con el proyectado sobre cosas muebles, puesto que autoriza la acción posesoria contra el adquirente de mala fe (artículo 2412).

Pero no lo está con lo que dicen nuestras correcciones al sistema por los dos artículos 36 y 37. Comprendemos entre las personas contra las cuales pueden deducirse las acciones a los poseedores de buena fe, si bien en cuanto a las cosas muebles, pero solo respecto de ellas, en el único caso de ser robadas o perdidas, y si se hallan en poder de terceros (artículos 2412 y 2414).

Seguimos el principio de los códigos francés e italiano, y el derecho histórico que por evolución secular ha autorizado la **complainte**, o acción de manutención, tanto por hechos de simple turbación, como para la restitución, contra cualquier poseedor, por consiguiente, contra los de buena fe.

No creemos justificado que el poseedor a quien sin su voluntad, por fuerza, o sin ella, se le usurpa un bien que está bajo su poder, quede sin protección posesoria, y tenga que ver invertida su posición en una acción reivindicatoria, solo porque el adquirente sea de buena fe. Se atenúa ciertamente la distancia de las dos soluciones francesa y alemana, por razón del sistema de registro en cuanto a los inmuebles, porque no puede haber buena fe en el adquirente sino fundada en sus constancias, y en cuanto a los muebles, — en su momento se examinará esta cuestión, — basta amparar contra la mala fe, o en el caso de robo o pérdida. Por eso

los § § 861 y 862, Código alemán, han podido limitar las acciones posesorias contra terceros adquirentes a los de mala fe.

La divergencia es, por consiguiente, aparente. Pero temeríamos que la introducción de principios con los cuales ni la tradición jurídica del país familiariza, ni la literatura más corriente se apoya en ellos, condujera a interpretaciones viciosas, y por eso nuestros artículos son expresos, en un supuesto que el Código alemán ha creído poder dejar a la aplicación de sus principios generales o especiales (§ § 1006[7] sobre esas materias.

————— Por fin, nuestros proyectados artículos admiten contra toda acción posesoria la **exceptio vitiosæ possessionis**. En cambio, el artículo 2490, autoriza la **exceptio spoli** del derecho canónico, lo que es ciertamente incompatible con las exigencias de la defensa posesoria en el estado actual de la civilización. “Porque en el tiempo presente, dicen los Motivos del Código alemán, no son tan frecuentes las violencias que para prevenirlas sea necesario establecer disposiciones civiles de excepción”.

“Si la tenencia de la cosa sustraída al actor por autoidropia, fuera viciosa frente al demandado, es, en la forma, el hecho de éste, contra derecho; pero el estado posesorio causado por ese acto es el mismo que habría existido si de ningún lado se hubiera procedido arbitrariamente. Con esto queda desalojado el fundamento de la acción posesoria del demandante. No correspondería al objeto del ju-

Art. 38. — No proceden las acciones posesorias de los dos artículos precedentes respecto de los terceros poseedores de cosas muebles, sucesores particulares de buena fe, sino en el caso de que hubieran sido robadas o perdidas.

Art. 39. — Se sustituyen los artículos 2473 hasta el 2481, inclusive, por el siguiente:

Para que la posesión de lugar a las acciones posesorias debe ser pública e inequívoca. No se requiere buena fe.

cio posesorio si entre muchas recíprocas violencias solo se quisiera tomar en consideración la última. Cuando el proyecto da la *exceptio vitiosæ possessionis*, con ello se admite, sin embargo, también la réplica y la réplica correspondientes, puesto que el artículo no establece un límite de tiempo''. Motive, III, páginas 124|5.

En la redacción definitiva se estableció, sin embargo, el límite del año que nuestros artículos reproducen, porque la excepción se funda en un reclamo por posesión usurpada que debió ser interpuesto dentro de aquel plazo, y cuya omisión ha causado la pérdida de la posesión (artículo 2456, Código Civil), o la caducidad de la acción.

Art. 39. — Todas las demás condiciones exigidas por el Código, son o innecesarias como preceptos especiales, o presupuestas en las generales de la posesión. Desaparece la precariedad como obstáculo desde que se admite la posesión que tiene ese carácter en relación de un poseedor mediató. La continuidad de la posesión es una condición constitutiva de ella que debe juzgarse según las circunstancias: el sal-

Art. 40. — Se sustituyen los artículos 2496 y 2497, por el siguiente:

tus cestivus lo demuestra. Para decidir si existe posesión hay que ver qué hechos la acreditan y si de ellos resulta el poder efectivo sobre una cosa. Adquirida, se conserva **solo ánimo**. Poco importa su interrupción sino ha durado un año, desde que por la acción posesoria puede hacerla cesar. No es, pues, una calidad especial, sino un elemento constitutivo.

En cuanto a la exigencia del artículo 2478 de que no se haya constituido con violencia, esta descalificación no existe sino relativamente a la persona que la sufrió, artículo 2368, y no condice con lo resuelto por el artículo 2490. Por fin, está considerada en los artículos proyectados en las únicas circunstancias en que debe ser tenida en cuenta.

También suprimimos las disposiciones sobre unión de las posesiones que repite el Código en el título de las acciones posesorias. Ya se ha dicho que el sucesor universal tiene la posesión de su autor con las mismas calidades y vicios. También se ha dicho que los sucesores particulares por acuerdo del autor continúan su posesión — la buena fe no es requerida en las acciones posesorias, — y que cuando es viciosa persiste en los que conocieron el vicio original, y no en el adquirente de buena fe. Para saber desde cuando existe la posesión actual en las acciones posesorias, y si es viciosa, no son necesarias reglas especiales distintas de las ya consignadas.

Art. 40. — Aubry y Rau, 2, § 187 número 3; v. Jhering, actio injuriarum, véase, página 63 y siguientes de la traduc-

Las acciones posesorias se dan cuando los hechos que las fundan causan por su naturaleza la desposesión o la

ción francesa, que adopta las conclusiones de Bruns. Los § § 858, 861 y 862, Código alemán no exigen condición alguna de intención por el ofensor de la posesión. Bastan las objetivas. Y con razón.

La posesión se protege porque lo es, es decir, para amparar su ejercicio. El que se apodera de una cosa por su autoridad, puede ser rechazado por la fuerza, hasta según nuestro Código: artículo 2470. No es cosa de preguntar al que nos despoja de lo nuestro, para saber si podemos defendernos, si se lo lleva para hacerse poseedor, o para otros fines. El buen sentido permite comprender, como lo decía Bruns, que para intentar una acción a fin de proteger su posesión “no es en manera alguna necesario, que el autor de esos actos pretenda tener derecho a la posesión”.

Adviértase que los artículos 2496 y 2499, subvierten todos los principios generales.

Cuando el poseedor, fundado — como lo dice nuestro proyecto — en la naturaleza de los hechos de que ha sido víctima, contrarios a su posesión, demanda al autor de ellos, se ve detenido por la burla que de él hace, apoyado en los textos legales, el demandado: nunca ha pretendido hacerse poseedor (artículos 2496, 2497), o realizar obra “que cediese en su beneficio”, artículo 2499. La obra la ejecuta en beneficio de su locador, en ejecución de su contrato de arrendamiento, p. e. Reconoce, a todo reconocer, la posesión del

turbación de la posesión aunque el demandado pretenda que no entiende impugnar la posesión del demandante.

actor. Y con ese subterfugio, según los autores franceses de quienes se toma la doctrina, se concluyó la acción y quizá se condene por imprudente al actor, en las costas del proceso.

Pero eso es exactamente, lo contrario de la regla fundamental de todo juicio. Cuando se reconoce por el demandado el derecho ejercitado, y no se niegan los hechos articulados, concluye, es cierto, el proceso, **pero condenando**, al que ha violado el derecho tan claro del demandante que no tiene defensa posible que oponer. En nuestro caso, sin embargo, es lo contrario. La confesión, conduce a la absolución.

Que en el formulismo estrecho, del primitivo derecho romano, se perdiese un proceso, por ápices, o palabras no sacramentales, lo sabemos. Pero los modernos tienen otro concepto de las acciones. Si los hechos acaecidos y exactamente atribuidos a quienes los ejecutaron, se hicieron con una intención o con otra, no han dejado de herir el derecho ajeno, y este debe recibir toda protección.

Por eso nos inclináramos a interpretar con cierta, no sabemos si decir, latitud, el artículo 2497, y, para que no fuera este un desacierto evidente, diríamos que, en su caso, la misma acción deducida, en el mismo juicio, sería continuada para obtener la indemnización del daño causado por el actor que no se pretende discutir ni defender. Pero esa

interpretación de buena intención, sería contraria a la general de los escritores franceses, Belime, Dalloz, y cien otros, y sería contraria a una recta inteligencia de las condiciones constitutivas de las acciones de turbación, despojo, y obra nueva, tales como los términos literales de los artículos las enuncian. Según la doctrina corriente, el Juez queda detenido. No puede ordenar la restitución, ni reponer las cosas al estado anterior, ni mandar suspender la obra empezada. ¡No procede la acción posesorial! Si tiene algo que reclamar el actor que vaya ante quien corresponda, siga un juicio ordinario, y no se queje si se queda sin cosa y sin indemnización. Así lo quieren los principios. Es lo que se puede leer sin reticencias en los escritores que informan las soluciones de nuestro Código.

Que porque una persona haya estropeado un alambrado, o pasado por una propiedad, o, como lo decía v. Jhering, haya una dama tomado una flor de un jardín, no se den acciones posesorias, se comprende. Pero que cuando se destruyan vuestros cercados o se echen constantemente los ganados a pacer en los sembrados, o se encierren los del vecino, haya que intentar acciones que si son de daño, quedan burladas con decir que los actos se han ejecutado con intención de poseer, y si son posesorias, se ría el demandado del actor, explicando que se hicieron sin tal propósito, es cosa que Bruns y v. Jhering no entendían y creemos que con buena razón.

No. La solución de Aubry y Rau (1) inspirada en las mejores doctrinas de los escritores alemanes, es la exacta. Son los hechos los que determinan por sí mismos la defensa. ¿No menoscaban el ejercicio de la posesión, no impiden su plenitud? — no procede sino la *actio injuriarum*. Se ha desposeído, al contrario, al poseedor. Se le turba constantemente, o sino constantemente, gravemente, en la posesión. Se edifica en su suelo. Se cierra un camino por el que una servidumbre predial se ejercía. Las acciones posesorias, restablecen rápidamente la situación. Y si no se controvierte la posesión, mejor. Más pronto se obtiene la sentencia de restitución, o de amparo. Se continúa, además, para conseguir la indemnización por el daño causado. La *actio injuriarum*, no es incompatible con la acción posesoria. V. Jhering, obra citada y Besitzwille, passim.

Conviene decir que la acción posesoria no procede contra los obligados a restituir las cosas por el solo hecho de no cumplir sus compromisos. El inquilino que no abona el alquiler no es por eso pasible de aquellas acciones. Pero en cambio, si el locatario, el usufructuario, el acreedor prendario, el depositario, etc. se alzan contra el poseedor mediano, desconociendo su derecho, y pretendiéndose poseedores únicos, o por cuenta de tercero, procede la acción, como lo decide un artículo posterior: artículos 2364 y 2372. Beli-

(1) En el mismo sentido, Glasson y Tissier, I, número 200.

Art. 41. — Se sustituye el artículo 2492, por el siguiente:

Las acciones posesorias se dan a los poseedores de inmuebles que colindan con calles, caminos, ríos, y lagos no navegables, en cuanto se refiere a los derechos que este Código concede a los propietarios de esos bienes.

Proceden, también, respecto de toda clase de cosas, en favor de los poseedores respecto de quienes no producen

me, Possession, números 327[9]; — Aubry y Rau, II, § 187, a) número 1.

Art. 41. — Suprimimos el artículo 2492, y le sustituímos en una de sus partes.

No es menester decir que la acción de despojo no se da por otros actos que los que lo causan. El artículo 35, y el 36 enuncian con toda precisión que sólo hay desposesión que autoriza la acción de reintegro, cuando ella ha sido causada sin acuerdo del anterior poseedor. Todas las transmisiones causadas por actos jurídicos viciados por hechos que traen su invalidez no dan lugar a la acción posesoria si ha existido acuerdo en efectuarlas.

Pero si la tradición misma hubiera sido arrancada por la fuerza, o con violencia moral suficiente, la posesión sería viciosa (artículos 2364[5] porque ella se adquiere por la tradición, y no por el acto jurídico que podría pretenderse determinante de la obligación de dar. El acreedor, verdadero o que pretende serlo, no adquiere la posesión legítima

efecto las sentencias que ordenan su entrega o afectación, según las reglas generales de este Código.

tima de lo que toma por la fuerza haciéndose justicia por su mano. (1)

En un artículo anterior — artículo 2420 — se ha dispuesto que los derechos reconocidos a los propietarios de bienes colindantes con ríos o lagos no navegables, con calles, etc., son regidos por el derecho privado puesto que son las condiciones orgánicas de esa clase de bienes, de particulares. Las acciones posesorias amparan su ejercicio, en la medida, y dentro de las condiciones del derecho privado. Quedan, por consecuencia, fuera del proyectado artículo las

(1) “*Res obligatas sibi creditorem vi rapientem non rem licitam facere, sed crimen committere convenit, eumque etiam vi bonorum raptorum conveniri posse non ambigitur*”. Si creditor sine auctoritate iudicis res debitoris occupet, hac lege (Julia), tenetur, et tertia parte bonorum mulctatur et infamis fit. L. 8, 48, 7, D, *Decretum Divi Marci*:... Vis est et tunc quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposeit. Quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris, vel pecuniam debitam, non ab ipso sibi sponte datam sine ullo iudice temere possidere, vel accepisse, isque sibi jus in eam rem dixisse, ius crediti non habebit. L. 13, 4, 2, Dig. La L. 7, 48, 7, D. repite el decreto con ligeras variantes de palabras. Sobre esta materia. Wendt, *Rev. Jhering*, 21. Defensa de la posesión, § 3, página 67.

Art. 42. — La obra nueva que se empezase a hacer en inmuebles poseídos por el actor, o si en ellos se destruyesen obras existentes, se juzgarán como actos de desposesión regidos por el artículo 36. Si se hiciesen en inmuebles que no fuesen poseídos por el demandante, se registrarán por el artículo 37.

En todos los casos la acción posesoria tendrá por objeto la suspensión de la obra durante el juicio, y a su terminación, la destrucción, o la reparación de lo hecho. El juez podrá negar la suspensión provisoria si no la considerase justificada por las circunstancias.

regidas por el derecho administrativo. Las condiciones de altura, y otras, de los edificios, no son derechos envueltos en las facultades civiles de los propietarios. El dominio en cambio del terreno o edificio, no puede ser perjudicado por las disposiciones administrativas. Por eso es constitucional la exigencia de la previa indemnización a toda desposesión.

Sobre las facultades de los propietarios ribereños, particulares de ellos, artículos 2349, 2572, y siguientes. — Belime, *Possession des cours d'eau*, número 240 y siguientes. Aubry y Rau, II, § 185, números 1, 5, y 187, número 3, Glasson y Tissier, I, número 205. En cuanto a las sentencias, los mismos, § 187, número 1, nota 7; Belime, número 337 y siguientes. Dalloz, *Rep. Action possessoire*, número 89, y *Sup.* números 17|8.

Art. 42. — Artículos 2498, 2499, 2500, Código Civil.

Art. 43. — En sustitución de los artículos 2493 y 4038, el siguiente:

Las acciones posesorias se extinguen por no haberse decidido en juicio dentro del año siguiente a la realización del hecho que las autoriza.

Se extinguen también cuando se haya decidido por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, posterior al hecho de desposesión, o turbación, que el autor de este hecho tenía un derecho en la cosa que le autorizaba a pedir el restablecimiento de la posesión.

Art. 43. — El artículo 2493, se limita a la acción de despojo, y declara la extinción de ella, por el simple hecho de dejar transcurrir el plazo sin ejercerla. El 4038 comprende todas las acciones por turbación y por despojo, pero las considera como caso de prescripción extintiva, sometidas a interrupción, y suspensión.

. Se trata de una extinción por simple decurso e inacción.

La segunda parte es tomada del § 864, Código alemán.

La primera parte de él, conforme con nuestro artículo, se justifica por varias razones entre las cuales, dos más importantes: **La exceptio y replica vitiosa possessionis** podría quedar perjudicada por la inacción del demandante, y regida, si se suspendiesen las prescripciones, por plazos subordinados a condiciones distintas de capacidad, u otras que influyesen en la acción o en la excepción, y se crearían así situaciones intrincadas e insolubles. Y la segunda razón es que por el transcurso del tiempo se oscurecen los

Art. 44. — Cada uno de los coposeedores puede ejercer las acciones posesorias contra terceros sin el concurso de los otros, y también contra estos si lo excluyesen, o lo turbasen en el ejercicio, de la posesión común. No proceden esas acciones cuando la cuestión entre coposeedores solo se refiriese a la extensión mayor o menor de cada parte.

Art. 45. — Corresponden las acciones posesorias a los poseedores de partes materiales de una cosa, tales como de locales distintos, de habitación u otros.

hechos y desvanecen las pruebas para acreditar el verdadero estado de las cosas. Véase Motive III, página 132.

La segunda causa de extinción se explica por sí sola.

Véase Planck, sobre el § 864, y nota al mismo, en la traducción francesa oficial.

Arts. 44, y 45. — El artículo 2489, autoriza a cada copropietario el uso de las acciones posesorias, y entre sí cuando uno manifiestase pretensiones a un derecho exclusivo del inmueble.

Claro está que es incorrecta la expresión “copropietario”; puede tratarse de co-usufructuario, etc. Pero no es esa la razón de la corrección introducida.

Según la teoría general de la posesión que hemos adoptado, puede haber coposesión en dos hipótesis distintas:

La de coposesión de la misma naturaleza, estos es la de diversos poseedores a título del mismo dominio, usufructo, arrendamiento, común.

Art. 46. — Los poseedores mediatos pueden ejercer las acciones posesorias por los hechos obrados contra el poseedor inmediato. Pueden pedir que este sea reintegrado en su posesión, y, si no quisiera recibir la cosa, el poseedor mediatos puede exigir que se le entregue directamente a él.

La de coposesión de distinta naturaleza sobre una misma cosa: la del propietario y la del usufructuario; la de uno y otro, o de uno u otro, con el locatario, etc. Cada uno posee por el todo la misma cosa, con calidades diversas.

Lo esencial es que se trate de posesión de varios por toda la cosa. Cuando hay posesión de parte material de esta, a ella se limita el ejercicio del derecho.

Tampoco mantiene nuestro artículo la condición de la “pretensión a un derecho exclusivo al inmueble”, de acuerdo con la regla general arriba establecida. Basta la exclusión de hecho, cualquiera que sea el móvil del agente.

Sobre los dos artículos, § 865, 866, y 868, Código alemán. Es claro que de la adopción del principio de que hay posesión en el usufructuario, locatario, depositario, etc. se deduce necesariamente la coexistencia de varios poseedores. Sobre aquéllos, Planck, y las notas a la traducción oficial francesa.

Quedan así protegidos los poseedores mediatos contra los inmediatos, y recíprocamente, realizándose mejor la protección en el caso de los artículos 2353 y 2372 de nuestro Código.

Art. 46. — § 869, Código alemán.

Pueden también usar del derecho establecido por el artículo 37.

Art. 47. — Se reproduce el artículo 2501, y se le agregará el siguiente párrafo separado:

La sentencia condenatoria dispondrá la restitución de la cosa desposeída, o, la cesación de la turbación, y el restablecimiento a costa del demandado de la situación material existente en el momento del hecho que funda la demanda, la indemnización de los daños causados, y el pago de los gastos del juicio.

La indemnización de los daños no podrá demandarse a los sucesores particulares de buena fe, y podrá serles dispensado el pago de los gastos del restablecimiento y del juicio, según las circunstancias de la causa.

Art. 48. — La sentencia dictada en el juicio sumario tiene el carácter de definitiva sin perjuicio del derecho de las partes para intentar las acciones reales que les competen.

Art. 47. — Artículo 2494, Código Civil, que sólo lo dispone para la acción de despojo. Pero es claro que en todos los casos de desposesión y de turbación, hay hecho ilegal arbitrario de propia justicia.

La acción de indemnización corresponde por la razón del acto ilícito ejecutado, y no puede comprender sino a los autores y cómplices. Los sucesores particulares de buena fe no son responsables de ellos.

Art. 48. — No obstante lo dispuesto por el artículo 2501, todavía existen en la ley de procedimientos de la capital,

TITULO III

De los derechos reales

Art. 1. — Se reproduce el artículo 2502.

Art. 2. — Se reproduce el artículo 2503, al cual se agregará como inciso 8°:

8° Los censos.

y de provincias, disposiciones que permiten volver a discutir judicialmente la posesión, fuera de las acciones petitorias, y sólo para recuperarla o mantenerla.

Pero si las acciones posesorias tienen esos fines, y si han de ser decididas en juicio sumario, para definir un estado de hecho, no cabe juicio alguno posterior sobre lo posesorio. Está juzgado por la vía y forma que se debe juzgar. No hay otro juicio fuera de él que el petitorio. Las leyes locales no tienen autoridad constitucional sobre esa materia.

Art. 2. — Artículo 2614. De este artículo resulta que los censos o rentas, dentro del término que prescribe, son imposiciones sobre los bienes mismos, y por consiguiente, son derechos que los afectan, esto es, derechos reales. Así se dice, expresamente, en la nota al artículo 2070.

Debe agregarse que bajo la legislación española, vigente al sancionarse el Código, existían censos de distintas clases, y entre ellos los capellánicos. Las leyes nuevas pueden so-

beranamente establecer cuáles derechos autorizan con carácter de reales, y cuáles son los atributos y extensión que les reconoce. Pero no puede despojar de ellos, a favor de los terceros gravados, sin indemnización; en una palabra, debe fijar los medios y condiciones de la redención. Y así lo hacen las de extinción de las capellanías. Los derechos constituidos bajo la antigua legislación, importan propiedad particular en el sentido del artículo 17 de la Constitución Nacional, y cuando el Código por su artículo 2502, declara que no hay otros derechos reales que los que enumera, es bajo la reserva de su artículo 3, y de la que aquél expresa: valen como derechos personales, si como tales pueden valer.

Pero la organización de los derechos reales es una organización económica, determinada, por consiguiente, por motivos que interesan a la cosa pública. No puede coexistir con otra subsistente, creada bajo una organización antagónica, o divergente.

La consecuencia de esa necesidad y la de respetar el derecho adquirido, conduce necesariamente a la solución de que la ley de capellanías es una aplicación a un caso particular: se abre el derecho a pedir la redención mediante una indemnización que, como se comprende, puede ser de diferente naturaleza, según la índole del derecho que se cancela.

El Código no ha establecido regla alguna para la redención. Los censos, las enfiteusis, los derechos de superficie, los de propiedad de planos horizontales, aunque poco frecuentes, existían, y deben establecerse disposiciones que

Art. 3. — Se sustituye el artículo 2504, por el siguiente:

La constitución de derechos reales que se ha hecho válida según lo dispuesto por el artículo 4º, título V, Libro I, no afecta la eficacia de los establecidos según las disposiciones especiales de este Código.

Se suprime el artículo 2505.

§ 1.

Disposiciones generales respecto de los derechos sobre inmuebles.

Art. 4. — Para transferir la propiedad de un inmueble, para afectarlo con un derecho real, y para transmitir o

proyectaremos oportunamente, para redimir esos derechos, y dejar así expedito el funcionamiento del sistema actual.

Art. 3. — Hemos establecido en la Parte general, el principio de validación de los actos de disposición hechos sin derecho, por consecuencia de circunstancias posteriores. Las exigencias del sistema de registro son de muy diversa índole, y no susceptibles de ser encerradas en pocas decisiones generales. De ahí la necesidad del artículo proyectado. Véase Endemann, I, § 83, número 3.

Art. 4. — La primera parte constituye el § 873, Código alemán. Es equivalente al artículo 10 del proyecto de la Comisión extraparlamentaria francesa. No ha sido adoptado por la ley de 1924 que introdujo el derecho francés en Als-

afectar este mismo derecho, por actos entre vivos, es necesario el acuerdo de las partes sobre esa trasmisión o afectación, y su inscripción en el Registro de inmuebles.

cia Lorena: artículos 36 y 107 — sobre este último, véase la nota de Dalloz, Jurisprudence, página 294, 4ª parte.

Hemos agregado al texto alemán, las palabras “por actos entre vivos”, rectificándolo, porque sólo es exacto el principio, en cuanto a ellos: no lo es respecto de las disposiciones de última voluntad, o más propiamente, respecto de las transmisiones por causa de muerte que se realizan por efecto de ella, sin perjuicio de la obligación de inscribir. Pero entonces no es constitutiva, como lo es en las transmisiones entre vivos.

En cuanto al segundo período, seguimos las reglas del derecho nacional, en las cuales se sustituye la tradición por la inscripción. Los contratos por escritura pública son los únicos que, como tales convenciones, permiten la inscripción de los actos voluntarios. En el mismo sentido, pero con excepciones, artículo 42, ley citada para Alsacia-Lorena.

Nuestro artículo sólo se ocupa de los actos constitutivos contractuales. No de los otros, regidos por sus reglas particulares, como las de constitución de usufructo, servidumbres, prescripción, etc.

Tampoco generaliza su principio extendiéndolo a las causas de modificación o extinción de los derechos reales. Si son contractuales, es claro, — y así se dispone, — que no produce efecto la convención sin la inscripción. Pero puede haber extinción y modificación voluntaria unilate-

El contrato no inscrito solo engendra obligaciones personales, y autoriza a exigir la inscripción cuando es hecho por escritura pública.

ral, por ejemplo, la renuncia, que, precisamente por serlo, no exigen contrato, aunque sea necesaria la inscripción.

Nótese la redacción proyectada. Dice que "es necesario el acuerdo de las partes sobre la transmisión o afectación". No dice que sea necesario un contrato particular, válido. De modo que si fuese nulo por un vicio o defecto cualquiera no manifestado el contrato causal, por error, por ejemplo, o por no reunir los elementos de coincidencia necesarios para la existencia de una particular clase de contrato, como si una parte creyera dar en pago una cosa, y la otra recibirla como donación, pero una y otra, entendieran transferirla en propiedad, esa nulidad resultante de la falta de acuerdo no aparente, no impediría la transmisión del dominio, querida y aceptada por los contrayentes. Hay, pues, contrato causal, y contrato formal abstracto. Puede callarse el primero, e inscribirse el formal, sin perjuicio de las acciones personales que las partes puedan ejercitar, pero que no afectan la eficacia de la inscripción. Tendrían por resultado anular la convención causal, y restablecer el estado de cosas que de ello derivase, pero sólo entre las partes para rectificar o anular la inscripción, en cuanto no afectara derechos establecidos sobre la base de la fe que ella justifica.

Este principio capital del derecho actual moderno, que tan bien sirve a las necesidades de crédito, y a la de ase-

Este artículo se aplica a las modificaciones convencionales de los derechos reales sobre inmuebles.

gurar la eficacia de los actos de transmisión, no es un resultado de modificaciones radicales en el pensamiento jurídico. No es solamente, el resultado de reglas de derecho germánico, (*Auflassung*, investidura) como se repite sin mayor examen de la cuestión. Lo es también, del derecho romano. La tradición es un contrato real, por si misma; no es solamente un pago, o cumplimiento de una obligación anterior. Se quiere transmitir la posesión, o la propiedad, y se entrega por ello la cosa. Si no se quiere transmitir sino en locación, comodato, o en precario, también se entrega. Es, pues, el acuerdo de las partes en realizar una transferencia, lo que la constituye, y si es en virtud de un acto jurídico anterior convenido, o no, es indiferente. (1)

(1) Ley 36, 41, 1, D. “Cum in corpus quidem, quod traditur, consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio. Veluti si ego credam, me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. Nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat, proprietatem ad te transire, nec impedimentum esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus”. Este fragmento de Juliano, no está conforme con otro de Ulpiano — L. 18, 12, 1, D. — Sobre las ten-

La circunstancia de que el derecho romano, y el antiguo germánico y feudal, coincidieran, ya es significativa, pues se trata de sistemas jurídicos que obedecen a orígenes y órdenes de ideas independientes. Demuestran que la trasmisión y su motivo causal, son cosas distintas. El que quiere transmitir al que quiere adquirir, trasmite, sea cual sea su razón determinante. La vieja doctrina, nacida de una equivocada interpretación del derecho romano, ha inspirado a

tativas de conciliación se extienden con diversas opiniones los romanistas. Hoy parece cerrado el debate, y prevalece la solución de Juliano. Era la de Donneau (*Dejure civili*, L. 4^a, capítulo 18). Vinnio, *Cuestiones*, II, número 35. Pothier, *Œuvres*, 5, número 178, y 9, número 230. — Savigny, *Droit romain*, 3, § 140, y *Obligations*, II, § 78, — Puehta, *Vorlesungen*, apéndice XV. — Exner, *Die Lehre von Rechtserwerb durch Tradition*, página 74, y apéndice sobre la **juxta causa traditionis**, páginas 317 y siguientes. — Unger, *System*, II, § 72. — Windscheid, *Pand*, I, 172, y nota 15. — Toullier, II, números 92 y siguientes. — Dernburg, *Pand*., I, 2, § 213. — Maynz, § 106, C. — Van Wetter, *Oblig*, 2, § 93, y nota 15. — v. Jhering, *Œuvres choisies*, I, página 257 (*Jahrbuch*, 12, página 389). — Sintenis, *Gemeine civilrecht*, § 49. Cujas, in tit. I, de rebus creditis, libro XII, D., sobre la ley 18, sostuvo la opinión adversa. Y entre los modernos, Eisele, Jhering *Jahrbuch*, t. 21, y Strohal, id., t. 27.

nuestro Código — artículos 787, 1051, y 2602, — que obedece a la idea de que deben coexistir dos elementos separados, uno de otro: *titulus et modus adquirendi*. El hecho solo de escribir el artículo 2602, después de invocar la doctrina de Maynz para fundar el anterior, demuestra poca seguridad de los conceptos, puesto que ese escritor que, se nos dice, trata de todas las condiciones que debe tener la tradición traslativa de dominio, se pronuncia cabalmente por la solución contraria a la del artículo 2602; § 106 (véase, además, la nota al artículo 787, Código Civil).

El pensamiento que preside a la solución del Código, es, simplemente, el de una supuesta lógica jurídica. El que por error, por violencia, por cualquier causa, consiente en la trasmisión de dominio, no quiere hacer otra cosa que cumplir un contrato que cree válido. Si es nulo o anulable, debe poder repetir lo entregado. En otros términos la tradición es solamente un pago.

Nada más exacto, para fundar una acción de repetición respecto del acreedor aparente. No hay causa para que retenga un bien: no había vínculo jurídico. La acción de enriquecimiento, — la *condictio indebiti* — acción personal, permite esa repetición, y si la cosa existe en poder del demandado será restituída en especie.

Pero si ha sido transmitida en propiedad, o afectada, a un tercero de buena fe, por título oneroso ¿puede la repetición autorizar la reivindicación? ¿Por qué? ¿En qué se funda? El derecho romano sólo concedía una *condictio*.

Decir que nadie transmite un derecho que no tiene, es cometer una petición de principio. Es precisamente lo que hay que demostrar. Tampoco tiene derecho el heredero aparente, ni el puesto en posesión de los bienes de un ausente en ciertos casos, y sin embargo, no está en duda que la propiedad ha sido válidamente transmitida a terceros. Tampoco tiene derecho el adquirente en una transmisión simulada, o por un acto fraudulento, y sin embargo, son válidas las realizadas con terceros de buena fe, por actos onerosos.

El raciocinio es, además, deficiente. Paulo decía: "Si forzado por el miedo adí la herencia, considero que me hice heredero, porque, aunque libre no lo hubiera querido, sin embargo, violentado, quise" L. 21, § 5, 4, 3, Dig.

Ese análisis es exacto. Violentado, engañado, equivocado, quise. Debí no querer, vigilar, prever. Pero no vigilé, no resistí: quise.

Entre esa situación y la de un tercer adquirente hay gran distancia. No es, éste, culpable de ninguna negligencia. Ha creído en la existencia de un título suficiente, y lo ha creído por hecho del tradente, que efectuó la transmisión. Por su hecho, por su voluntad, se realizó: ¿cómo no creer en el título? ¿Y por qué ha de sufrir las consecuencias de sus actos realizados, el tercero ajeno a ellos? (Toullier, número 98, tomo 11). "*Quare in domini questione ille potior habetur, cui possessio a domino tradita est*" L. 6, libro 4, título 50, Codex.

Nuestro Código, protege al imprudente que cree lo que no es, y porque lo cree, trasmite. No se ocupa del tercero: que soporte la pérdida ocasionada por el reclamante.

Ese seguro legal que dispensa de las consecuencias de los propios actos, que favorece la negligencia, no constituye una buena política. Conmuele, perjudica la estabilidad de los derechos. Los hechos destinados a establecer relaciones jurídicas permanentes, no permiten fundarlas. ¿Decís que la dación en pago, autoriza la reivindicación, cuando se ejecutó en virtud de una obligación nula? (1) Pues nunca un título que arranca de ella, dejará de ser sospechoso: nadie adquirirá una propiedad tan frágil, desde que no constituye prueba de la obligación el reconocimiento por el pago. ¿Decís que las donaciones pueden ser revocadas por inoficiosas, y que la reivindicación es posible contra terceros? (2) ¿Qué pueden éstos saber de las relaciones de donante y donatario, para conocer si hay o habrá perjuicio en las legítimas? ¿Cuál será el valor del patrimonio total, el día de la muerte?

Pues, no queda otra solución: la donación no constituye título seguro de propiedad.

Y como en estos ejemplos, todos los casos en general, porque cualquier contrato, título causal, puede dar ocasión a nulidades reipersecutorias, por falta de pago, de cum-

(1) Artículo 787, Código Civil.

(2) Artículo 3955.

plimiento a las cláusulas. Vienen reivindicaciones de todas partes, en la venta, la permuta, las divisiones de condominios y herencias, y esto no sólo por las prestaciones convenidas, sino por las futuras evicciones: artículos 3923, 3928, 3939, 3930, etc., si debemos creer a las doctrinas, — ciertamente erróneas, — de los que nos aseguran, como en la nota al artículo 3928, Código Civil, que en tales casos hay derechos reales.

La propiedad es, según esto, la relación más peligrosa, la más eventual. Depende de lo oculto, de causas anteriores y posteriores. Hay un asegurado: el imprudente. Hay un perjudicado, el tercero adquirente y sus sucesores, a quienes nada se puede reprochar.

El crédito real, es imposible en semejantes condiciones. La hipoteca es una aventura. Por cuidadoso que sea el examen de los títulos, queda un riesgo, y un riesgo que es desastroso, porque de ellos no puede deducirse que no haya vicios ocultos. Una escritura no firmada por el actuario, una persona que era incapaz, cuya incapacidad era ignorada, o declarada, o inventada posteriormente; una deficiencia cualquiera, no ostensible, es suficiente. Art. 1051, Código Civil.

Ha bastado el hecho moderno para disipar semejantes teorías. Ese hecho, es la necesidad, y la potencialidad del crédito. Lo que desarrolla, y crea las instituciones jurídicas, las exigencias de la vida real, ha hecho desaparecer la falsa interpretación de los legistas. No. Así como la vida real impuso la validez de las enajenaciones hechas en fraude

por el deudor, o las del heredero aparente, o del adquirente simulado respecto de terceros; así como impuso la regla "en las cosas muebles, la posesión de buena fe vale por título", esto es, entre el antiguo poseedor desposeído, y el actual, la ley protege el derecho del último, así también la vida real, otra vez, impone el principio, — el viejo del derecho romano, del derecho germánico, — en los inmuebles, la inscripción equivale a título a favor del adquirente de buena fe. La experiencia de los siglos ha hecho buena la idea fundamental de las civilizaciones antiguas: la entrega, — por inscripción, — funda dominio en relación de los terceros que creyeron legítimamente en su existencia.

Véase sobre esta materia: Motivos del Código alemán, III, Consideraciones generales, páginas 1|25 y 158|225. Planck, (Strecker) III, Notas preliminares, páginas 3|26, y Preceptos generales relativos a los derechos sobre inmuebles, páginas 102|256. Informe de la Comisión redactadora de la extraparlamentaria francesa, sobre la publicidad de los derechos reales, Actas, tomo 3 página 541; Informe de Massigli, a la misma, sobre matrícula de inmuebles, id., tomo 5, página 427, y el Informe general del mismo, sobre la institución del Registro, id., tomo 9, páginas 57|220. — Huber, Exposé des motifs, páginas 465, y 710. — Comisión española de Códigos: informe sobre la ley hipotecaria, en la Memoria histórica sobre sus trabajos, páginas 145|75, 1870. Exposición de la misma sobre los motivos de la ley hipotecaria, de 1860. — Exposición de Ruy Barbosa, Campos Salles, y Glicerio,

Art. 5. — Sin perjuicio de las disposiciones legales contrarias, para cancelar un derecho sobre un inmueble, es necesaria la declaración del titular de que abandona ese derecho, y la cancelación de éste en el Registro. Debe ser hecha por escritura pública, o por testamento.

La declaración no produce efecto alguno antes de la anotación, a menos que se hubiera hecho al favorecido con ella. Podrá éste, en el último caso, exigir la cancelación.

Las modificaciones del derecho por renuncia, se guiarán por el presente artículo.

Art. 6. — Cuando un derecho real sobre un inmueble

y Decreto de 1890 sobre el Registro de inmuebles en el Brasil.

Art. 5. — Decimos que ha de hacerse la renuncia por escritura, o por testamento. Lo primero, porque es un poco oscura la redacción del inciso 1, artículo 1184, y la aclaramos así, debiendo entenderse “Los contratos que tienen por objeto algún gravamen sobre inmuebles” sea para constituirlos sea con cualquier otro fin. Por testamento, agregamos, porque no es legado, solamente, la renuncia de créditos, como lo dice el artículo 3783. La remisión de cualquier derecho patrimonial constituye una facultad indiscutible de su titular que puede hacerse por actos entre vivos, y disposiciones de última voluntad.

Art. 6. — § 876, Código alemán. Prima facie, este artículo solo consigna una regla aparentemente inútil, porque

está gravado a favor de un tercero, la renuncia de que habla el artículo anterior exige el acuerdo de ese tercero. Si se tratase de la renuncia de un derecho que perteneciese al propietario de otro inmueble afectado con un gravamen a favor de tercero el acuerdo de éste es necesario, a menos que su derecho no se perjudicase por la renuncia.

El acuerdo, en todos los casos, deberá ser inscrito.

es claro que una renuncia no puede perjudicar a los terceros adquirentes de derechos reales que afectan el renunciado. Pero lo que se trata de establecer, es que las inscripciones en el Registro no se hagan cuando dejan subsistir los actos inscritos, reservas de otros derechos, o en otros términos cuando las renunciaciones están sujetas a condiciones, o cargos. El registro solo debe consignar actos definitivos y llanos.

El usufructo puede renunciarse, pero si se ha dado en anticresis, continúa a favor del anticresista no obstante la renuncia. La inscripción no haría conocer sino una renuncia no efectiva.

La servidumbre activa puede ser renunciada por el propietario, pero no perjudica al usufructuario, ni al acreedor hipotecario. La inscripción sería, pues, condicional, o inoponente, mientras el usufructuario o el hipotecario no prestasen su acuerdo.

El asentimiento del tercero puede ser anterior o posterior a la renuncia. Esta, a su vez, no queda sin efecto alguno, por la falta de aquel, y por consiguiente, por la falta de inscripción. No produce el efecto real: eso es todo.

Art. 7. — Las transmisiones, adquisiciones, modificaciones, y extinciones de derechos reales sobre inmuebles, por causa de muerte, o por otra que la ley autorice, deben ser inscritas. En defecto de inscripción, se considera que no existen como derecho real respecto de terceros.

Las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada y las particiones de bienes quedan sometidas a la presente disposición.

Art. 7. — Artículos 656, y 971, Código suizo. Artículos 8, 9, 10, 25, del proyecto de la Comisión extraparlamentaria francesa, y números 100|39, del informe de la redactora (Actas, 9, página 102 y siguientes). Artículos 38 y 40, ley francesa de 1924, relativa a Alsacia-Lorena.

La inscripción de los actos jurídicos entre vivos, es constitutiva. En los casos del presente artículo la transmisión del derecho en caso de muerte se produce por el solo hecho de su acaccimiento: el usufructo paterno por razón de la ley desde el nacimiento de la patria potestad, etc. "La inscripción es, en estos casos, solo comprobatoria (beurkundend, fehaciente). La certificación resultante de los libros de registro, de un derecho o una cancelación tiene por objeto la publicidad. Por ésta, la mutación del derecho recibe su efecto absoluto y protege, por consecuencia, contra el perjuicio que resultaría al titular por la invocación de un tercero de la fe pública que nace del Registro". Planck, III, Preceptos generales sobre derechos reales en los inmuebles, VI, número 2.

Art. 8. — Es nula la inscripción de un derecho real o de un acto jurídico modificativo, sujetos a condición suspensiva o resolutoria.

Pueden ser prenotados.

Art. 8. — § 925, Código alemán que así lo dispone para la transmisión, por actos entre vivos, de la propiedad. La disposición es general para todos los derechos reales — salvas las disposiciones especiales para la hipoteca, — según unánime opinión de sus intérpretes. — Art. 37, del proyecto ya citado de la Comisión francesa, para los derechos bajo condición suspensiva; para los sujetos a la resolutoria, adopta distintas soluciones según que haya pactos expresos o no: artículos 12, a 19.

El acto jurídico sometido a condición suspensiva, no puede causar transmisión de dominio o derecho real, susceptible de inscripción desde que la condición suspensiva impide hasta su acaecimiento, o su caducidad, el resultado propuesto. El Registro tiene por objeto fundamental consignar el estado jurídico del inmueble, es decir, los derechos existentes, y la inscripción de derechos en potencia, y no efectivos, ni corresponde a esa función, ni dejaría de causar graves trastornos por la acumulación de asientos ligados con las operaciones posibles de las dos partes enajenante y adquirente, que tendrían derechos subordinados a la condición. Ese recargo de asientos, con la complicación necesaria de resultados, acrecienta, sin ventaja para nadie, el peligro de errores sobre el estado actual del bien.

La prenotación basta para asegurar todos los derechos dependientes de la condición, salvo uno, el de poder hipotecar el bien por el adquirente eventual. "Pero, dice el informe de la Comisión francesa de catastro, no está demostrado que sea de gran utilidad que el que adquiere un inmueble bajo condición suspensiva tenga toda libertad de hipotecar actualmente, y es, según nuestro sentir, una ventaja más cierta la de no hacer coexistir en el Registro, inscripciones susceptibles de perturbar el establecimiento de los derechos sobre inmuebles".

La primera comisión redactora del Código alemán, de la cual se toman esas consideraciones, agregaba que no resulta de la teoría de las condiciones, la admisión de la posibilidad de transmisiones condicionales de derechos reales, porque estos no pueden resultar sino del conjunto de los requisitos necesarios para su existencia, y la transmisión condicional, porque lo es, no trasmite por sí misma antes del acaecimiento de la condición.

Pero, tanto esa comisión, como la francesa, se ocupaban solamente de las condiciones suspensivas.

El proyecto alemán admitía la inscripción de derechos sometidos a condición resolutoria expresa.

La segunda comisión rechazó semejante distinción. El Código alemán no permite transmisión subordinada a condición suspensiva o resolutoria.

Se observó con perfecta exactitud que todas las razones presentadas contra la condición suspensiva, existían para

la resolutoria. Siempre habría una situación incierta, y doble para enajenante y adquirente. Uno y otro podrían constituir derechos opuestos y perturbadores, amenazados todos de la desaparición eventual por el acaecimiento, o por la caducidad de la condición.

La prenotación permite llegar, en toda hipótesis, al resultado de asegurar los derechos pendientes de la condición para su consolidación, o para su desvanecimiento. Y si basta para ese resultado, nada justifica la aceptación de inscripciones definitivas para lo que es inestable y eventual.

El proyecto francés, admite que pueda inscribirse el derecho real sometido a condición resolutoria expresa. Por consiguiente, el pacto comisorio, el de retroventa, el derecho de reversión de las donaciones, y en general todo pacto declarado, podrían autorizar inscripción.

En cambio, ni la revocación de las donaciones por ingratitud, por sobrevenir hijos al donante, por exceder la parte disponible, el derecho del vendedor a la resolución por falta de pago, las cien acciones de resolución, o nulidad, o rescisión, que pululan en el Código francés y en el nuestro, no pueden, por aquel proyecto, perturbar las transmisiones, ni aún expresas en los actos jurídicos: autorizan solamente prenotaciones.

Pero esa distinción aparece injustificada, puesto que las más frecuentes e importantes causas de resolución, se satisfacen con la prenotación. ¿Y si es así, porque no bastan para los otros casos? Si todo depende del pacto expreso — artículo 12 del proyecto, — se crea una categoría de derechos rea-

les, inestable, que impide la transformación y la explotación intensiva de los inmuebles, sin que pueda remediarse por la limitación de término el inconveniente. El derecho de reversión en la donación en caso de supervivencia del donante, por ejemplo, puede ser expreso, según lo proyecta la comisión, artículo 12, y sin embargo, su término es el de una vida, que puede prolongarse por largos años. Y lo mismo el caso de donación subordinada al nacimiento de hijos del donante — artículo 15, — y en otros varios supuestos, artículos 13 y 14.

Consideramos que la distinción entre los diversos tipos de condición, es artificial y determinada en la comisión francesa por lo limitado de su tarea, que no le permitía modificar las otras partes del Código que le imponían sus soluciones.

Recogemos, además, de su informe, una nueva objeción al sistema, ya opuesta en la Asamblea legislativa francesa en 1850. Si basta establecer una condición resolutoria expresa para inscribir, se constituirá en una cláusula permanente en todos los contratos, y la inestabilidad de los derechos reales, y los fraudes que resultarán de la confusión en el Registro, determinada por la resolución eventual, harán ilusoria la ventaja que se busca por el sistema de la publicidad. Véase: artículo 38, ley francesa para Alsacia-Lorena. Motivos del Código alemán, III, página 318 y siguientes. — Informe de la comisión redactora del proyecto francés ya citado, *Actas*, T. 9, páginas 107/113 y 124 — Planck, III, sobre el § 925, Código alemán, número 10.

Art. 9. — No puede requerirse la inscripción de un derecho a favor de una persona, sino está inscrito el de su autor, o no se requiere simultáneamente la inscripción del último.

Art. 10. — En el caso del artículo anterior el adquirente del derecho puede exigir que el propietario, o el constituyente, efectúe la inscripción de su título. En caso contrario tiene acción para requerir judicialmente autorización a fin de realizarla en representación de aquél.

Art. 11. — La inscripción de un derecho importa presunción de que compete al titular. La cancelación de un

La hipoteca está regida por la disposición especial del artículo 3116, Código Civil. § 1113, Código alemán. Las necesidades del crédito traen por consecuencia esa excepción, en virtud del carácter accesorio de la afectación.

Art. 9. — § 40 Ley alemana de Registro de inmuebles. — Artículo 434, Código austriaco, y artículo 21 ley de Registro id. — Artículo 20, Ley hipotecaria española. — Artículo 33, proyecto de la comisión de Catastro francesa. — Artículo 44, ley de 1924, para Alsacia-Lorena.

Art. 10. — Artículo 57, proyecto citado y § 22, ley austriaca. Artículo 665, Código suizo.

Art. 11. — § 891, Código alemán. § 441, Código austriaco. Artículo 41, Ley hipotecaria española. Esta última extrema la presunción aplicándola a la posesión de la cosa sobre

derecho inscrito importa presunción de que el derecho se ha extinguido.

la cual existe el derecho real inscrito. Por consecuencia, presume la existencia de este y su ejercicio, lo que es cosa muy distinta. La teoría de la posesión y la protección de ese estado presuponen esencialmente la situación efectiva independiente del derecho real que pueda fundarla. Agregamos que los que antes se llamaban tenedores, ahora se consideran poseedores inmediatos, y ese concepto fundamental se opone a concluir del dominio a la posesión.

El artículo 937, Código suizo, aparentemente coincide con la ley hipotecaria española, y hasta parece haberla inspirado por una equivocada interpretación. Según él, de la inscripción en el Registro deriva una "presunción de derecho y las acciones posesorias no pertenecen sino a la persona inscrita".

Pero agrega: "El que tiene el poder efectivo del inmueble puede, **sin embargo**, deducir acción por usurpación, o turbación".

Las explicaciones, por demás elípticas que dan el autor del Código suizo — Véase Huber, *exposé des motifs*, página 706 y siguientes, — y sus intérpretes — Wieland, II, sobre el § 937, números 3 y 4, — muestran que, como resulta del segundo párrafo del artículo, solo se refieren al derecho de poseer conexo con el derecho real, y a las acciones reivindicatoria, confesoria, y negatoria, — que no son acciones posesorias, — y no a las de despojo y turbación, que sí lo son.

• La falta de inscripción de un derecho, de su modificación, o extinción, en los casos en que la ley la requiere, no permite oponerlos a terceros.

La fe pública del registro solo se refiere, porque no puede referirse a otra cosa, sino a lo que la inscripción contiene, es decir, a derechos o relaciones jurídicas. No se inscribe el estado de hecho sino el de derecho. El derecho de poseer, y no la posesión efectiva.

Por eso el estado real del inmueble, dimensiones, condición de edificación o afectación rural, linderos, etc., no están amparados por la fe pública del Registro. Solo los estados de derecho. Véase Planck, III, sobre el § 892, número 1. Tampoco se aplica al supuesto de que por cualquier circunstancia un mismo inmueble estuviese inscrito en dos folios distintos. Tanta fe merece una como otra inscripción contradictoria: Ibidem, número 4. Sobre la ley española, Morel y Terry, Legislación hipotecaria, II, artículo 41.

Como los códigos citados en cabeza de esta nota, artículo 41, ley para Alsacia-Lorena; y artículo 3, Dahir de 1915, para Marruecos.

La presunción puede ser combatida por la prueba contraria, salvo en lo que se refiere a terceros de buena fe, Véase, Planck, sobre el § 891, y Dernburg, III, § § 46, 47, y 48. Artículo 7, título 10, Parte 1ª, Código Prusiano, de donde proviene toda la doctrina de la fe pública atribuida al Registro. — Informe de la comisión redactora del proyecto francés: números 5 a 15, 115 y siguientes; Actas, tomo 9, página 61.

Art. 12. — La inscripción no convalida los actos jurídicos que sean nulos o anulables con arreglo a la ley.

Art. 13. — La acción de reivindicación del legítimo propietario, o cualquier otra real, así como las de nulidad,

Sobre el último párrafo del artículo propuesto, artículo 10 de ese proyecto, e informe, número 108 y siguientes. Artículo 339, ley hipotecaria española. Artículo 971, Código suizo.

El artículo 40 de la ley francesa para Alsacia-Lorena, establece el mismo principio respecto de la falta de inscripción pero en relación de los terceros que hayan constituido derechos reales sobre el inmueble debidamente registrados.

No establecemos esa limitación. Los acreedores también deben ser protegidos contra esa falta de publicidad que deja ocultos los actos de su deudor. Es unánime la solución cuando la falta de inscripción se refiere a hipotecas y privilegios, aún en Francia. También lo es para todos los actos de disposición del concursado, en cuanto a la masa, de los de administración y disposición del heredero aparente, y de los puestos en posesión provisoria y definitiva de los bienes de un ausente. Por último, respecto de los actos obrados, en caso de simulación, por el titular aparente.

Artículos 12 y 13. — Artículos 7, 8, 9 y 10, título X, Parte 1^a, Landrecht prusiano. Artículos 33, 34, 36, Ley hipotecaria española. § 892, Código alemán. Artículo 973, Código suizo. Artículos 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, y 20, proyecto francés. Artículo 40 ley francesa para Alsacia-Lorena. Ar-

resolución, o revocación de los actos jurídicos, y la de reducción de las donaciones, no pueden intentarse, ni producen efectos, respecto de los terceros que ignorando los vicios del título de su autor y por actos a título oneroso, hayan adquirido derechos sobre el inmueble de persona que aparezca en el Registro con título para establecerlo.

Puede, sin embargo, la parte interesada desconocer los derechos inscritos después de la prenotación hecha a su pedido en el Registro.

Este artículo comprende las nulidades que, en caso de concurso, autorizan este Código y el de comercio.

títulos 1080, 1511, 1553, 1787, Código italiano. Artículos 968, 124, 3430, Código Civil. Carece de objeto citar los artículos del mismo que, como los 1051, 2670, 3955, etc., contradicen el propuesto, porque el Código obedece a principios opuestos.

Los textos del § 892, Código alemán, y 973, Código suizo no enuncian la condición de ser a título oneroso el acto de constitución del derecho.

Sin entrar a examinar las razones que para ello se invocaron, — entre otras, la de que la cuestión de si hubo contraprestación, sobre ser, en ciertos casos, difícil de caracterizar, es principalmente asunto de obligaciones personales, y no armoniza con la teoría del derecho real, — debemos decir con Dernburg, que quedó resuelta por el § 816, Código alemán, pues somete a la acción de enriquecimiento indebido al tercero adquirente del bien entregado cuando lo ha obtenido a título gratuito. Dernburg piensa que para llegar a ese resultado no valía la pena de discutir tanto al rededor

Art. 14. — La falta de inscripción o prenotación de un derecho no puede considerarse cubierta por el conocimiento que los terceros hayan podido tener de la existencia

del § 892, que solo se admitió por el voto de desempate del presidente de la segunda comisión redactora. Es la teoría de nuestro Código en los casos en que ampara a los terceros contra la consecuencia de ciertas resoluciones, y de las peticiones de herencia. Viene desde el derecho romano: no hay causa igual de protección entre el que trata de evitar daño y el que trata de conservar lucro. Si se sacrifican los derechos del propietario legítimo, es en beneficio de la seguridad de las transacciones, pero es excesivo hacerlo en favor de los actos de liberalidad, en que nada compromete el donatario. Y la prueba de ello se encuentra en el § 816, Código alemán.

Véase Dernburg, Sachenrecht, § 47, número 9, Planck, sobre el § 892, II c). Informe de la Comisión francesa, número 15. — Artículo 970, Código Civil.

Art. 14. — § 4, Ley prusiana de 1872, sobre adquisición de la propiedad. Artículo 28 del proyecto de la Comisión francesa. Artículo 1071, Código francés, Aubry y Rau II, § 209, C., 1º y VII, 696, d. Troplong, Donations, II, número 1181, y Transcription Hypothécaire, número 190. Coviello, Trascrizione, I, número 175 y siguientes. Stolfi, Diritto Civile, III, números 820|23. En contra: § 892, Código alemán. Ley hip. belga, artículo 4, y nota al artículo 3136, Código Civil.

de ese derecho por otras vías que la del Registro, a menos que haya existido colusión fraudulenta entre ellos y el

“Las personas que son admitidas a invocar la falta de publicidad, pueden hacerlo a pesar del conocimiento que hubieran tenido del acto no inscrito. El proyecto toma la disposición del artículo 1071 Código Civil, que la formula respecto de la transcripción de las sustituciones. Se la sigue en los casos que caen bajo la aplicación de la ley de 1855. No puede ser más racional, porque si el acto sustraído a la publicidad pudiera ser opuesto a un tercero bajo pretexto de que este no ha contratado de buena fe, los derechos más regularmente adquiridos no escaparían al riesgo de una impugnación de ese género, y la seguridad buscada por la ley no podría existir. Hay interés de orden público en que la formalidad no pueda ser suplida”. Informe de la comisión redactora del proyecto francés, número 112. Actas, 9, página 106 (1). Sobre la ley prusiana citada: nota de Achi-

(1) Venimos empleando en varios artículos la palabra prenotación. El anotador de la ley francesa de 1924, para Alsacia-Lorena, que la emplea, (Daloz, 1924, parte 4ª, página 291), dice que “es un barbarismo que habría podido ser reemplazado por la expresión “mención conservatoria”; pero como ha conquistado derecho de naturaleza en la jurisprudencia, no quedaba otra cosa que hacer que mantenerla”

Porqué es barbarismo, no lo dice el cronista. El derecho prusiano al crear la cosa, esto es, la anotación preven-

constituyente, o el conocimiento resultase del ejercicio de su cargo, o del propio título de adquisición del tercero o

les al § indicado, en Koch I. Dernburg, Preussisches P. Recht, I, § 185.

Nuestro artículo se aplica a toda clase de derechos aunque sean transmitidos por causa de muerte. De los artículos 3424 y 3428, ya resulta que los herederos pueden pe-

tiva, creó también la expresión “Vormerkung”, prenotación, y fué adoptada por franceses e italianos, unánimemente.

La ley hipotecaria española, emplea siempre “anotación preventiva”. La comisión de Códigos que la introdujo, dice en su Exposición de motivos: “Por razones fáciles de comprender... ha hecho extensiva esta denominación a las inscripciones de los derechos reales que aún no han llegado a su perfección, ni están consumados, o que son eventuales o transitorios, o que por falta de alguna circunstancia legal requieran subsanación antes de ser inscritos definitivamente en los Registros. Este cambio de nomenclatura no es nuevo. El sistema germánico lo adopta con el nombre de **prenotación**”.

La traducción española es de la comisión de Códigos: Vormerkung, es prenotación, de pre-notar, y por consiguiente pre-notación, desde que de “notar”, viene “notación” No es barbarismo este, que todos los idiomas latinos encuentran en su propio fondo.

de su participación en el otorgamiento del título no inscrito.

dir la posesión en virtud de la inacción de los preferentes, y no son de mala fe por saber que existen otros de mejor derecho. Verdad es que el artículo 3430, exige buena fe en el tercero adquirente de bienes hereditarios, y ya se sabe que en el Código esto significa ignorancia efectiva.

Prescindiendo de que no resulta muy claro esto de que un mismo conocimiento de hecho sea calificativo de buena fe en el heredero, y de la mala fe en el tercero, es lo exacto que el sistema mismo es insostenible. Sabe, o ha oído, una persona, que existe un testamento que priva de los bienes a los hermanos, en favor de otra persona, o de uno de ellos; o que existe un hijo natural, o un cónyuge, por ejemplo, a quienes nada deja el testador. Pero ni tiene motivo para juzgar de la ilegitimidad de la posesión hereditaria que la ley declara procedente, y que el Juez ha sentenciado a favor del heredero instituido, ni puede desconocer sus consecuencias, porque no es parte para ello. Es legatario, y se le entrega el legado. Es arrendatario, socio, deudor, y debe entenderse con el poseedor investido. En toda hipótesis, no sabe si el testamento fué revocado, o por qué los que creía interesados, permanecieron inactivos. Son hechos en que no tiene intervención.

Hay, según esto, mucho mayor motivo para conservar el principio de nuestro artículo, y no abrir la puerta a controversias que parten de antecedentes confidenciales, de rumores murmurados, de chismes de vecindad. La posesión he-

— — — — —

reditaria debe amparar siempre a los terceros que la encuentran declarada e inscripta.

El Código suizo, artículo 974, adopta la solución opuesta a la nuestra. Pero en el acto que la quieren explicar sus expositores, se advierte la fragilidad de ella. Wieland, por ejemplo (II, sobre el § 974, número 7º) admite que no queda excluida la buena fe por el conocimiento de obligaciones personales del constituyente sobre la misma cosa. "Será de buena fe, dice, aunque sabe que el enajenante ha vendido a un tercero el inmueble que ha comprado, o que la heredad que le han vendido los herederos constituía un legado a una persona, o que el enajenante ha constituido hipoteca no inscrita en el momento de la enajenación. En caso distinto está el que sabe de la existencia de derechos contrarios al suyo, con carácter de reales y sin inscripción".

Sí. Pero todo esto es arbitrario. Porque, ¿cómo han de tener carácter de derechos reales sin inscripción? Y si lo tienen, por razón de la ley, unos pocos, el usufructo legal, por ejemplo sin la anotación, ¿qué más vale la venta hecha por el heredero del bien legado a tercero? ¿No adquirió éste la propiedad desde el día de la muerte, y sin necesidad de inscripción? Sin embargo, Wieland, nos dice que un caso causa adquisición válida, porque hay buena fe, y el otro produce nulidad porque hay mala fe. Las soluciones no aparecen ni muy claras, ni justificadas. Un mismo hecho, — el conocimiento — no puede ser juzgado de dos maneras opuestas.

Pero, el artículo 3136, Código Civil, lleva una nota en que se refuta la doctrina del artículo 1071, Código francés.

Se nos dice que "sería un deshonor de la ley que los jueces cerrasen sus ojos ante una conducta fraudulenta y permitieran que esta triunfara".

Pronto está dicho esto del fraude y el deshonor.

No parece que el caso sea muy distinto del de los artículos 3424 y 3428. Se trata de un acreedor hipotecario que inscribe su hipoteca sabiendo que corre el término dentro del cual puede hacerlo un tercero. Y se dice: es inmoral. ¿Y por qué es inmoral? No era inmoral que un heredero, sabiendo que hay otros más próximos que él, se apodere de la herencia por inacción de ellos. Pero es inmoral que un acreedor hipotecario, ejerza su derecho para impedir el daño que su deudor trata de causarle, al constituir otras hipotecas sabiendo que una no está inscrita. Procura evitar daño. El heredero trataba de obtener lucro y lucro ilegítimo. ¿No es la regla opuesta la de la preferencia legal? In pari causa...

Y para que se vea como las ideas inexactas conducen a soluciones contradictorias. La especie de la nota, es exactamente, la que Wieland trae, como caso de perfecta corrección.

Desde el derecho romano es admitido por todo el mundo, que el acreedor que se cobra aunque sabe que la misma cosa se ha vendido a otro, usa de su perfecto derecho. Porque no está obligado, a experimentar una pérdida, para que un tercero la evite. No es representante de él, ni gestor de sus

Art. 15. — En los casos en que, según los dos artículos precedentes, las acciones no producen efecto contra los terceros, los que derivan de estos sus derechos, aunque sea a título gratuito, quedan protegidos contra toda evicción.

Art. 16. — Cuando un derecho de resolución, o revocatorio, o una acción de nulidad o de reivindicación, perju-

intereses. No hay fraude, sino existe colusión para defraudar — artículo 968, Código Civil.

Pero el artículo 3136, va mucho más lejos. Es mecánico su efecto. Si un acreedor sabiendo que existe una hipoteca no registrada, inscribe la suya “corriendo el término legal” para anotar la primera, es un deshonor de la ley, y de los jueces, ampararlo. Aunque sea él la víctima de la colusión. Aunque su derecho fuera anterior. Aunque esté en el caso del artículo 3159.

Con consideraciones de esta clase, mejor es renunciar a establecer un régimen de publicidad. Volvemos a las hipotecas ocultas, desde que hay que respetarlas aunque no estén inscritas. ¿Y por qué vale más una que otra? La nota al artículo 3136, no lo explica.

Art. 15. — Artículo 20, proyecto francés.

Art. 16. — Artículo 21 del proyecto francés, el cual no habla de los terceros adquirentes, no obstante tener los derechos derivados de la evicción.

Por muchas causas pueden ser alcanzados los terceros. Por el efecto de prenotaciones. Por errores de información

dican a los derechos de terceros adquirentes, o acreedores privilegiados, las sumas que el propietario anterior o el reivindicante debieran reembolsar, serán atribuidas a los terceros perjudicados en la medida que les corresponda por su orden de preferencia.

Art. 17. — La pérdida o la restricción de la capacidad de disponer del constituyente o del que modifica, o renuncia un derecho, no impide la inscripción, cuando los actos

sobre las inscripciones existentes, etc. En este caso, no son los que tenían derechos regularmente inscritos los que padecen de las consecuencias de los errores en la certificación de los empleados del Registro, o de interpretación jurídica padecidos por el tercero sobre el valor de los actos jurídicos inscritos. — Planck, III, sobre el § 892, se extiende sobre las múltiples cuestiones que pueden nacer de la fe pública del Registro.

Art. 17. — § 878, Código alemán. Este artículo, dice Planck, tiene por objeto impedir que las demoras, muchas veces largas, que en el Registro sufren las inscripciones perjudiquen a los que las han solicitado oportunamente y antes de que por una inscripción o una anotación preventiva se haya modificado la capacidad de disposición que existía al presentar el acto a registro.

En el sentido del artículo se comprenden todas las inhibiciones o embargos, o modificaciones de la capacidad de disponer, por ejemplo, la declaración de concurso civil o comercial, etc. Como resultará del orden de prelación que

jurídicos son obligatorios, y se han presentado al Registro para su inscripción antes de la anotación de la incapacidad.

Art. 18. — El orden de preferencia entre los derechos establecidos sobre un inmueble se determina por la prioridad de fecha de las inscripciones.

luego se establecerá, también se aplica el artículo a las inscripciones que modifican el estado de derecho del enajenante respecto del bien mismo y la eficacia del derecho no aún inscrito.

Art. 18. — § 879, Código alemán. Artículos 25, 26 y 28, Ley hip. española. Artículo 972, Código suizo. Artículo 32, proyecto de la comisión francesa.

El orden de prelación de los derechos depende exclusivamente de la inscripción en el Registro mismo; si no se efectúa es inoperante el asiento de presentación. Pero la inscripción tiene por fecha el día en que se presentó el documento. No debe depender de la mayor o menor actividad, o del inconveniente derivado del exceso de trabajo de los funcionarios que han de realizar la inscripción.

Es uniforme la solución en los códigos citados. El alemán, y el proyecto francés, distinguen, según que los derechos están inscritos, o no, en la misma columna del folio correspondiente al inmueble. Para los que se inscribieron en la misma, se sigue el orden de los asientos. Si lo fueron en distintas, el orden de fechas.

Responde esa distinción a que, uno y otro, admiten preferencias que no dependen de la fecha de inscripción en

Se considera como fecha de una inscripción para todos los efectos que esta deba producir, la del asiento de presentación al Registro, la cual deberá constar en la inscripción.

Los derechos que tienen la misma fecha de inscripción se encuentran en igual grado de prelación.

las hipotecas. El primero autoriza la reserva de un puesto preferente para hipotecas posteriores. El segundo para inscripciones dependientes de ciertas situaciones del derecho de sucesión.

Pero, como lo dicen los Motivos del 1er., proyecto alemán, — III, página 226, — y lo repite Planck — sobre el § 879, — poco significa la distinción prácticamente, porque los asientos deben hacerse por orden de fecha, y sin dejar espacios en blanco, en la misma columna. Y cuando en ella varios asientos, — por ejemplo — de hipoteca — se han hecho en el mismo día, según su fecha de presentación, es claro que el orden de asientos nada decide: § 46, ley alemana de Registro, y artículo 3934, Código Civil.

Nuestro proyecto no admite reservas de prioridad, que, por lo demás, no coinciden, ni siquiera de muy lejos, en el Código, y proyecto citados: obedecen a órdenes de ideas muy distintos.

El segundo da prioridad al número del asiento de entrada en el Registro. La ley española, a la hora, en que, en un mismo día, se presentaron los documentos.

Seguimos a nuestro Código y al alemán. El número de entrada nada demuestra, porque presentados los pedidos de registro en el mismo instante, alguno de ellos, por fuerza,

Art. 19. — Las disposiciones de los artículos 13 y 14, se aplican a los terceros que han verificado prestaciones, o realizado actos jurídicos, en virtud de los derechos inscritos, con el titular registrado.

Art. 20. — Los artículos 13 y 14, se aplican asimismo a los terceros que han adquirido o modificado derechos de personas restringidas o inhibidas en su capacidad de disponer.

Art. 21 — Para asegurar el establecimiento, la extinción, o la modificación de un derecho real sobre un inmueble.

llevará número anterior. En cuanto a preferencia por horas, es demasiado accidental e insignificante el motivo de decidir. El tiempo no se cuenta, en legislación, por minutos: artículo 24, Código Civil.

Art. 19. — § 893, Código alemán.

Art. 20. — Se ha proyectado en el título de la nulidad de los actos jurídicos, que ella existe relativamente a la persona que ha obtenido la inhibición de disponer o el embargo de bienes de otra. Está sometida esa restricción, en cuanto a los terceros a la condición del registro. § 892, Código alemán. Artículo 42, Ley hip. española.

Art. 21. — § 883, Código alemán, y 959/60 Código suizo. La palabra prenotación ha sido creada por la ley prusiana de 1872, pero la noción jurídica que expresa ha experimentado modificaciones que la han circunscrito. En el estado

ble, o el orden de preferencia de ese derecho, puede efectuarse una prenotación en el Registro. Puede también hacerse en garantía de un derecho futuro o condicional.

actual de la doctrina alemana contenida en el § 883, y en el § 892, Código Civil, existe una profunda diferencia entre la prenotación, y la oposición o contradicción.

La primera es una inscripción solicitada en virtud de una acción personal que tiene por objeto la constitución, modificación, o extinción de un derecho real que debe ser anotado en el Registro, pero que depende de esa acción. En otros términos, cuando por cualquier oposición, o negativa del obligado o por incapacidad de él, o por — hablando en términos generales, — cualquier dificultad del Registro, de las personas, o de la ley, no es actualmente posible la inscripción, se autoriza esta como previa, mientras se decide sobre la dificultad ocurrida.

Si la demanda es procedente la inscripción es definitiva, con efecto retroactivo, o mejor dicho, vale como si no hubiera existido obstáculo.

Si, a la inversa, es improcedente, se desvanece la inscripción: no había derecho a solicitarla.

Difiere la inscripción plena, o normal, de la prenotación, en que por las dificultades existentes, no se embaraza el Registro con anotaciones que no revelan el estado efectivo de los derechos existentes sobre el inmueble, desde que hay controversias, o dificultades pendientes, o condiciones, o términos, a que está supeditado el derecho constituido por el acto jurídico. Si se admitieran, el Registro no llenaría su

Es nula toda disposición del inmueble o el derecho, posterior a la prenotación, en cuanto perjudique a la persona

función capital: revelar el estado jurídico verdadero del inmueble.

Pero la prenotación es una inscripción porque produce todos los efectos protectores de ella, si resulta justificada la acción. Ha protegido el derecho personal ejercitado para obtener la inscripción, como si no hubiera existido obstáculo.

Claro está que solo puede referirse a una acción personal. Desde que el derecho real no nace sino con la inscripción, que es, por consiguiente constitutiva, no existe acción real.

Y a su vez, la prenotación no se da sino en los casos en que el derecho reclamado necesita para su existencia de la inscripción.

Pero cuando un derecho real existe, y, o está erróneamente inscrito, o es contradicho, o limitado, por razón de otros derechos inscritos, sea por inscripciones, sea por prenotaciones, la acción que corresponde es la acción negatoria.

En nuestro derecho actual, habría dos acciones: la reivindicatoria, y la negatoria.

Pero en el que necesariamente impone el sistema orgánico de la publicidad, solo puede existir la negatoria para obtener la desaparición de los asientos, — y por consiguiente de los derechos — que impiden el ejercicio pleno y libre del que el Registro contradice.

La reivindicación corresponde al propietario desposeído. Debe pues limitarse a reclamar la entrega del bien. El objeto

que la ha obtenido. Este precepto comprende a toda disposición realizada en una ejecución forzada, o cumplimiento de embargo, o por efecto de un concurso civil o comercial.

directo de la acción, es la posesión mediata, o inmediata. Por consiguiente, el propietario que la tiene no puede intentar la reivindicación, en el caso de que una persona, fraudulenta o abusivamente, o de buena fe, inscriba un título en el Registro. La inscripción efectuada atribuye la fe pública al derecho. Los terceros que lo constituyeran en vista de ella, lo adquirirían válidamente.

El propietario, en tal caso, está amenazado de peligros graves, que no protege la acción reivindicatoria. Limitan, enervan, embarazan, el libre ejercicio de su propiedad. En tales casos procede la acción negatoria. Por su medio planteará la controversia, que tiene por objeto la cancelación, o rectificación de las inscripciones que le perjudican.

Esa acción no se da sino a los titulares de los derechos reales.

La prenotación no se da sino a los titulares de derechos personales.

Pero, como lo dicen los escritores alemanes, la acción negatoria, suspende la presunción de existencia del derecho inscrito. Va dirigida contra la fe pública del Registro.

La prenotación tiene también el efecto de establecer la existencia de derechos que modificarán el efecto de los anteriormente inscritos, si se declara procedente la acción personal.

La preferencia del derecho se determina por la fecha de la presentación de la prenotación al Registro.

Los efectos de la prenotación, y de la negación o impugnación, son semejantes. Por ello se les llama, acciones gemelas. (Cosack y Mitteis, Lehrbuch, II, 1, § 25, número 3): una y otra autorizan inscripciones protectoras preliminares. "Pero sus diferencias son más profundas que sus semejanzas: porque la contradicción asegura un derecho real existente, no constante, o inexactamente inscrito, en el Registro: la prenotación asegura un derecho naciente, un derecho real, que será inscrito en el Registro". (Ibidem).

Pero hasta aquí venimos hablando de las prenotaciones que tienen por fin la inscripción de un derecho real, su modificación, o su extinción.

Existe otra especie de ellas que tiende a fines distintos.

Son las que tienen por objeto la inscripción de las limitaciones de la capacidad de disponer. Las hay de diversa naturaleza.

1º Las que tienen por objeto embargos, o inhibiciones

2º Las que han declarado el concurso del deudor, o su interdicción judicial.

3º Las que tienden a asegurar los resultados de una condenación en juicio.

Todas tienen por rasgo común el característico de las prenotaciones: se trata siempre de impedir los actos que pudieran perjudicar el ejercicio de acciones personales, o derivadas de la incapacidad de obrar. En el título de las.

nulidades, hemos proyectado la de los actos obrados en esas condiciones.

Las del número 1, y las del 3º, pueden descomponerse:

a) en medidas consecuentes a reclamos fundados en acciones tendientes a la inscripción de derechos, y son entonces, prenotaciones de la primera categoría, o en acciones reales, y son entonces, contradicciones de las constancias del Registro;

b) o son acciones personales de distinta naturaleza, relativas a créditos que no tienen por objeto inscripciones, ni rectificaciones.

Son estas últimas, las que constituyen las prenotaciones de la segunda especie de que venimos hablando.

No obstante no ocuparse de ellas el Código Civil alemán, se encuentran legisladas en el Código de procedimientos civiles, que es también federal en Alemania, bajo el nombre y efectos de las prenotaciones.

Las tratamos en el Título especial que proyectamos sobre Registro. Pero aún cuando hemos considerado sus efectos, sea en la sección de las nulidades, o en la de ejercicio de las acciones, sea en la de Concursos etc., debemos imitar al Código alemán, § 892, que, aunque no se trata siempre del ejercicio de una acción real negatoria cuando se obtiene la restricción de la capacidad de disponer, § 883, y aunque el Código de Procedimientos Civiles alemán, las llame y las trate como prenotaciones, las considera comprendidas en aquella disposición por una razón fundamental. Produce una suspensión de los efectos de la fe pública del Registro. El

inscrito tiene los derechos que este consigna. Hay, pues, que evitarlo, haciendo pública la medida tomada contra el inscrito, por disposición judicial. Es en este título, por consiguiente, que debe expresarse ese efecto de la inscripción limitativa de la capacidad.

Véase: Planck, III, Notas preliminares sobre los derechos reales, VII, y sobre § 883[8], § 892[9]. — Dernburg, Bürgerliches Recht, III, § § 50[1]. — Staudinger, III, sobre los § § 883, 892, 894, y 899. — Wolff, Sachenrecht, § 47 y 48. — Cosack y Mitteis, II, 1, § § 25 y 28. — Stein y Jonas, Die Zivilprozessordnung, II, sobre los § § 704, 894, 914, 918, 921, 935, 941. — Ley austriaca de Registro de inmuebles: § § 35[51, 61 y siguientes. — Código suizo, artículos 959, 960, y 961. La ley hipotecaria española, artículos 17 y 42, que incluye bajo la denominación de anotaciones preventivas, toda clase de anotaciones previas.

Tal vez esa expresión sea deficiente. Sin duda, la prenotación impide los efectos de las disposiciones posteriores en cuanto la perjudican. Pero es ese un efecto general de todas las inscripciones. En cambio produce, por sí misma, otros efectos constitutivos y no preventivos: asegura la prelación, y por eso, mismo, es constitutiva, pues da al derecho su consistencia frente a los demás que se establezcan sobre el inmueble. En una palabra, mientras está en suspenso el reconocimiento del derecho invocado la inscripción es previa. Declarada su existencia, es inscripción con todos sus efectos constitutivos. (Artículo 70 Ley hipotecaria española).

Por eso creemos más exacta la palabra prenotación, creada con la institución misma. Es inscripción preliminar.

Es discutido si la fe pública atribuida a la inscripción, comprende la prenotación. Dernburg, — III, § 51, número 9, lo niega. Strohal, lo afirma pero solo para los actos jurídicos de disposición; y otros — Planck, III, sobre el § 883, número 3, k). — Wolff, Sachenrecht, § 48, VII, 1. — Cosack y Mitteis, Sachenrecht, § 31, II, 3. — Endemann, II, 1, § 65, nota 22, — manifiestan opiniones divergentes entre sí, y demuestran claramente que la doctrina no está formada.

Parece difícil admitir que mientras la prenotación trata de garantizar la eficacia de un derecho que por ahora constituye un derecho personal porque hay controversia u obstáculo para su inscripción, haya de producir, además, el efecto que se presume la existencia del derecho real. Es, en nuestro sentir, un concepto contradictorio. Pero, en cambio, terminado por decisión judicial, o de partes, el conflicto, se hacen firmes algunos de los efectos anteriores de la prenotación, por ejemplo, el orden de colocación del derecho, que según el § 883, Código alemán, es el que la prenotación aseguró. Y si lo es, la fe pública que el Registro vincula comprende a la prenotación. Nos inclinamos, pues, a la solución de Strohal y Planck, que admiten distinciones necesarias para interpretar exactamente las disposiciones legales.

Pero no debemos dejar de decir que la prenotación en los casos en que el derecho ejercitado no es de los que, como derechos reales, exigen la inscripción, no trae por sí misma otros efectos que los de proteger contra los actos futuros

Art. 22. — Puede también solicitar judicialmente una prenotación el acreedor de toda clase de créditos, para asegurar el cumplimiento. En tal caso la prenotación producirá el efecto de limitar la capacidad del deudor para disponer de sus bienes en perjuicio del acreedor. La prenotación no constituye privilegio a favor de éste, ni impide la venta forzada, o el concurso de los bienes de su deudor.

Art. 23. — La prenotación puede efectuarse por autorización de aquel a quien compete el derecho afectado por ella, o por resolución judicial interlocutoria o definitiva.

de disposición. El crédito simple, simple queda, a pesar del embargo y la sentencia. No ha ganado por la prenotación privilegio alguno. No hay hipoteca judicial, o de seguridad, como en el derecho alemán, y por consiguiente no se incorpora ese efecto de la prenotación, al nuestro. Solo tiene el de limitar la capacidad de disponer.

Art. 22. — Artículos 3115 y 3876, Código Civil, y 6 del título proyectado en la parte general, sobre nulidad de los actos jurídicos.

Art. 23. — § 885, Código alemán. Artículos 960 y 961, Código suizo.

Esta disposición permite la anotación de todas las convenciones condicionales, o bajo término, y las que establezcan reservas eventuales, como la de retener el dominio hasta el pago del precio de venta, o el cumplimiento de los cargos en las donaciones, los pactos comisorios, de retroventa, de

En este caso no es necesario justificar que existe peligro en la demora para el derecho ya demandado que se quiere asegurar; basta que este aparezca como verosímil de la prueba presentada. Si el derecho fuese condicional o dependiente de término, deberá acreditarse aquella circunstancia.

Art. 24. — Si la persona cuyos derechos sobre el inmueble han sido afectados por la prenotación, tiene una excepción perentoria que permite rechazar el derecho asegurado, puede exigir la cancelación al acreedor.

mejor comprador, etc. Y lo mismo cuando las reservas nacen de las disposiciones testamentarias.

Como se advertirá, el artículo fija el concepto fundamental de las acciones conservatorias. Corresponde al Código Civil determinar la naturaleza de los derechos conexos con el principal, es decir, la extensión de éste, y la condición jurídica de los que el deudor ejerce sobre su patrimonio después de constituida su obligación. No tiene la legislación provincial autoridad constitucional para definir y organizar los derechos civiles.

En cuanto a la última parte del artículo respecto de los derechos no exigibles actualmente, las leyes de procedimientos exigen justificaciones naturales desde que no hay acción principal deducida. En esta, según lo hemos dicho al tratar de los efectos de la litispendencia, el hecho solo de existir el derecho acreditado de manera suficiente, ya muestra que el demandado en mora, no lo ha cumplido y es natural no exigir otras justificaciones, para asegurar el resultado de la sentencia. El Código alemán, en el § citado no establece

Art. 25. — Si el acreedor cuyo derecho está protegido por la prenotación, fuese desconocido, o se hallase ausente, se le citará judicialmente por edictos para que cancele la anotación, y, si no compareciese, se le nombrará defensor con quien se seguirá el juicio.

El efecto de la prenotación desaparece en virtud de la sentencia que dispone su cancelación.

Art. 26. — Cuando la adquisición, o modificación de un derecho inscrito, o de uno fundado en él, es nula respecto de quien obtuvo la prenotación, puede este exigir del adquirente su asentimiento para la inscripción o la cancelación necesarias a fin de hacer efectivo el derecho protegido por la anotación.

Se aplica también esta disposición a las prohibiciones de enajenar.

distinción de casos, porque la materia de las prenotaciones en cuanto a los créditos que no exigen el Registro para ser constitutivos de derechos reales, la entrega, en sus detalles, al Código de Procedimientos Civiles, que es, también, federal: § 916 y siguientes. Por el § 920 este exige la doble prueba, que nosotros reservamos para las acciones no ejercitadas por depender de término o condición.

Art. 25. — Artículo 3203, Código Civil. § 887 Código alemán.

Art. 26. — § 888, Código alemán.

Art. 27. — No puede un legatario pedir prenotación sobre un inmueble que ha sido exclusivamente legado a un tercero.

Art. 28. — Cuando las inscripciones o las prenotaciones del Registro relativas a un derecho real, a un derecho fundado en él, o a una restricción de la facultad de disponer, no están de acuerdo con la verdadera situación, la persona cuyo derecho no está inscrito, o no lo está exactamente, o es perjudicada por la inscripción de cargas o restricciones que en realidad no existen, puede exigir la rectificación del Registro de quien quedará afectado por ella.

Art. 29. — Si la rectificación no puede efectuarse sino después de ser inscrito el derecho del obligado a ella, según el artículo precedente, puede exigírsele esa inscripción.

Art. 27. — Artículos 3766, 3775, y 3795, Código Civil.

Art. 28. — § 894, Código alemán. Artículo 64 proyecto francés. El artículo se refiere a la acción negatoria de que hemos hablado en nota anterior. Los artículos 757, 3192, 3193, 3199, y siguientes, y todos los casos de extinción de usufructo, servidumbre, hipotecas, anticresis, etc., constituyen supuestos de aplicación de este artículo.

Art. 29. — § 895, Código alemán. “Cuando el propietario del inmueble, o el titular de cualquier otro derecho real, dicen Staudinger-Kober, no está inscrito en el Registro, nacen de ello dificultades para el tercero que ha adquirido un derecho real sobre el inmueble, o sobre un derecho real, y

Art. 30. — La rectificación puede hacerse por declaración del obligado a ella, o por sentencia ejecutoriada.

Art. 31. — Deducida la acción en los casos del artículo 28, puede ordenarse la inscripción de una contradicción a la exactitud de los asientos respectivos, por resolución judicial interlocutoria o sentencia susceptible de recurso. No es necesario que se justifique peligro en la demora, pero será necesaria prueba de la verosimilitud del derecho ejercitado.

La inscripción invalida respecto del actor en cuanto le perjudiquen, todos los efectos de los actos de disposición,

desea inscribirlo, puesto que el objeto mismo de la demanda de rectificación no existe. Para favorecerle, el § 895, extiende la acción del § 894, de modo que el obligado lo esté también a inscribir antes su derecho... Está esto relacionado con el § 40, 1, de la Ordenanza de Registro, según el que solo puede efectuarse una inscripción cuando está inscrito aquel cuyo derecho será afectado por ella". *Sachenrecht*, sobre el § 895, Código alemán. — Arnheim, *Grundbuchordnung*, página 522, número 11, dd) — Artículo 57, proyecto francés.

Art. 30. — Artículo 64, proyecto de la comisión de catastro francesa. Es la regla general de toda clase de inscripciones, firmes, o previas. Artículos 3193, 3199, y siguientes, Código Civil.

Art. 31. — § § 899, 902, 2º, Código alemán, y sobre ellos, *Staudinger* y *Planck*. Exigimos resolución judicial, y no,

o las restricciones de la capacidad, inscritos posteriormente, en el caso de ser admitida la demanda por sentencia definitiva, o reconocimiento posterior del demandado.

Art. 32. — El derecho a solicitar la rectificación del Registro, previsto por el artículo 28, no se prescribe independientemente del derecho mismo que habría de inscribirse. Puede ejercitarse mientras este no está extinguido.

Art. 33. — La inscripción, la prenotación, o la anotación de contradicción, indebidamente cancelada sea por error, sea por virtud de un acto ulteriormente anulado, o

como aquel, solamente aquiescencia del obligado, según lo autoriza el artículo anterior para la inscripción, pues no se comprende porqué no se presta esta misma, y solo una provisorio, sino en el caso de dificultades o restricciones. En tal supuesto, se impone la intervención judicial — Artículo 61 del proyecto francés citado, que encierra todos los casos en la fórmula de las prenotaciones.

Art. 32. — El § 898, Código alemán declara que el derecho de rectificación es imprescriptible. Pero sus intérpretes están de acuerdo en que solo debe entenderse del derecho mismo, independientemente de su existencia subordinada a la del derecho principal. Se entendió que el caso quedaba regido por las reglas generales. Véase Planck, sobre el § 898, y lo mismo Staudinger.

Art. 33. — Artículo 70 proyecto francés. En el § 901, Código alemán, se parte del mismo principio pero limitado

de instrumento reconocido como falso, o de sentencia revocada después, no revive de pleno derecho, y debe ser inscrita de nuevo.

La inscripción restablecida no produce sus efectos sino desde la fecha de su restablecimiento, en cuanto a los terceros que adquirieron derechos después de la cancelación.

Tiene la fuerza de la inscripción primitiva respecto de los titulares de derechos inscritos antes de la cancelación, a menos que experimenten perjuicio por consecuencia de hechos verificados o aceptados por ellos de buena fe por efecto de la cancelación.

Art. 34. — No puede solicitarse el restablecimiento de la inscripción cancelada, cuando el derecho que hacía público está extinguido por prescripción u otra causa.

a los derechos sobre inmueble ajeno, indebidamente cancelados, de acuerdo con su regla general de prescripción contra los derechos inscritos.

Art. 34. — Artículo 24 de este título en cuanto a la prenotación. § 901 Código alemán. La inscripción es la publicación del derecho protegido por ella.

TITULO IV

De la propiedad de cosas

Art. 1. — En sustitución de los artículos 2506, 2507, 2508, 2509, 2515, el siguiente:

Art. 1. — El artículo 2506 contiene una definición del dominio que es inexacta. Todo derecho real somete una cosa a la voluntad y la acción de una persona. Por eso es derecho real: porque no hay persona intermediaria que procure por sí la realización del poder del titular. Aubry y Rau, no han dicho nunca que el que tiene un poder directo sobre una cosa tiene su dominio. Han dicho que este es “el derecho en cuya virtud una cosa se encuentra sometida de una manera **absoluta, exclusiva**, a la voluntad y a la acción de una persona”.

No hemos tratado de dar una definición de la propiedad, porque es, ese, asunto de la doctrina, y no de la legislación. Pero nuestro artículo es de orden preceptivo, y contiene diversas resoluciones que conviene explicar.

Cualquiera descripción de la noción de dominio debe tomar uno de dos aspectos: o se parte de la idea fundamental, o se toma en todos sus estados posibles. El dominio no se caracteriza por una suma de atributos, cuya total es la propiedad. No es el uso y el goce, con más el poder de disponer, de excluir, de destruir. El uso y el goce puede ser del usufructuario, o del usuario, o del que tiene derecho de

El dueño de una cosa puede disponer libre y exclusivamente de ella en la plenitud de las relaciones jurídicas de que es susceptible.

habitación, y el poder de disponer o alterar, quedar limitado por la hipoteca, por ejemplo, pero el dominio no queda por eso desnaturalizado. Porque el propietario no usa y goza a la manera de un usufructuario, ni habita a usanza del que tiene un derecho especial a ello: (1) el derecho real ajeno limita, oprime, si así podemos decirlo, la propiedad, y el propietario está obligado a sufrir su ejercicio. Pero la propiedad reacciona a su plenitud orgánica, inmediatamente que el derecho real cesa de comprimirla. La propiedad es, pues, el derecho real por excelencia, la **plena in re potestas**, que comprende todo poder jurídico sobre las cosas, que puede ser colocada en situación de tolerar la acción ajena, pero que vuelve a su situación primitiva por la extinción o el no uso de los otros derechos reales. Porque esa es su esencia jurídica no necesita demostrarse su libertad, y porque ella es su condición constitutiva, todo el que pretenda otro derecho real, debe probarlo: no se presume la afectación.

(1) Recte dicimus fundum totum nostrum esse etiam cum usufructus alienus est, quia usufructus non domini pars, sed servitutis sit, ut via et iter. Nec falso dici, totum meum esse, cuius non potest ulla pars dici alterius esse; Hoc et Julianus, et est verius. Paulus, L. 25, 50, 16, D.

No puede limitar ese poder sino por la constitución de los derechos reales que este Código autoriza.

La descripción del derecho que constituye el dominio, no puede, pues, partir del hecho eventual de la limitación por el derecho de otro, sino de su constitución misma, de plenitud en todas las relaciones jurídicas posibles.

Relaciones jurídicas, decimos. Con lo que ya expresamos que esas relaciones son de orden legal. Es la ley la que reglamenta ese derecho, le señala sus bases orgánicas, su extensión, y su límite. La ley, esto es, no solamente la ley-Código, y las accidentales que puedan dictarse episódicamente, leyes reglamentarias todas, sino también la Ley fundamental de la República, que lo constituye como un derecho constitucional y lo defiende contra el exceso de la reglamentación: Artículos 14, 17, y 28.

Decíamos que una definición de la propiedad no es asunto de legislación. Pero, si lo es, caracterizar sus atributos, porque la ley debe expresar cuales facultades confiere. Y todos los códigos, a partir del francés, artículo 544, hasta los más recientes, artículo 348, Código español, § 903, alemán y artículo 641, suizo, encierran en el poder de libre disposición el concepto legal de la propiedad, los dos primeros con mención del derecho de goce, los dos últimos, más correctamente, sin expresarlo, pues, la facultad de disponer libremente encierra todos los poderes posibles.

Pero nuestro artículo, establece además una calificación fundamental de ese derecho de libre disposición. Decimos

en él que no puede disponerse, restringiendo la facultad orgánica de la propiedad, sino por la constitución de los derechos reales que este Código autoriza, y no de otra manera.

Es por una parte, una aplicación de la regla fundamental del artículo 2502. Pero bajo otro aspecto constituye una corrección de grave extensión, a las disposiciones existentes.

Es regla fundamental del sistema de los derechos reales distinguirlos cuidadosamente de los personales. En estos las relaciones jurídicas se constituyen, por punto general, con los caracteres que las partes les atribuyen. El que vende, se obliga. Pero no ha modificado en lo mínimo su dominio: la enajenación convenida, no se ha realizado; la propiedad está intacta.

A ese concepto obedece el artículo 1502. El que proyectamos en su segundo párrafo es su aplicación.

Las obligaciones no constituyen limitación de las facultades de disponer del propietario. No tocan el dominio.

Pero en el párrafo 2º expresamos mucho más que eso.

El Código, en el artículo 1364, prohíbe la cláusula de no enajenar, en la venta, pero la permite respecto de una persona determinada. El artículo 2612, dispone, en general, que el propietario no puede obligarse a no enajenar: valida la enajenación que hiciera en contravención, pero autoriza las acciones personales "que el acto puede constituir contra él" sin precisar qué acciones son esas. No puede ser la de cumplimiento: ¿Será la de indemnización? ¿La de enriquecimiento?

El artículo 2613, autoriza en las donaciones y en los testamentos la prohibición de enajenar por un término que no exceda de diez años.

El artículo 3732, anula la disposición por la que el testador declara inalienable el todo o parte de la herencia. Y el 3781, nos dice que "si la enajenación no compromete ningún derecho de terceros la cláusula que la prohíbe se tiene por no escrita.

La ley de quiebras, por otra parte, según lo hemos notado en otro lugar, permite sustraer a los acreedores los bienes donados o legados bajo la condición de que no responderán por las deudas del propietario.

No vacilamos en decir que el Código es poco firme en sus soluciones. No se comprende qué motivo puede existir para permitir en la venta la prohibición de enajenar un bien a determinada persona: no puede existir motivo plausible, ni aun para evitar la rivalidad comercial.

Tampoco se comprende que se prohíba la cláusula de no enajenar, por el artículo 2612, esto es que la ley impida que el pacto produzca efectos, y se dejen abiertas sin embargo "acciones personales que el acto pueda constituir contra él". Porque se trata de una condición nula, y nula para todos los contratantes: ¿cómo su falta de cumplimiento puede autorizar reclamo alguno? Esa amenaza es un motivo poderoso para obligar indirectamente la ley a que se cumpla de hecho, lo que no quiere que pueda existir, para evitar los inconvenientes de la vinculación que va envuelta en el pacto. "La prohibición de vender, decía el § 534, del

Código Prusiano, enunciada simplemente, implica voluntad del testador, de mantener el objeto de que se trata en la familia del heredero o del legatario" (Ver Pothier, Œuvres, 8, números 87 y siguientes).

Y, precisamente por eso, tampoco es plausible lo dispuesto por el artículo 3781, que autoriza la prohibición "cuando compromete el derecho de tercero", porque siempre hay en la vinculación un tercero a quien se perjudica violándola. Fuera de esos casos no se comprende que el legado con prohibición de enajenar pueda perjudicar a otro que el legatario. Los derechos de terceros, nunca dependen del testador, con prohibición, o con autorización de enajenar.

Por esas razones reproducimos en otro artículo posterior la prohibición del 2612, pero dejándola sin restricción. Prohibida, no puede producir efecto real, ni personal.

El artículo 2613, será colocado en las secciones del Código que correspondan, desde que se trata de reglas particulares a las disposiciones a título gratuito.

Pero existen otras dificultades de mayor significación.

Los propietarios de bienes raíces, dice el artículo 2614, no pueden constituir derechos enfiteúticos, ni de superficie; no pueden dividirlos horizontalmente: artículo 2617.

Sin embargo, los artículos 2661 y 2662, nos hablan de dominio imperfecto revocable, o fiduciario, o "reservado por el dueño perfecto de una cosa que enajena solamente el dominio útil".

El dominio fiduciario, según lo explica el artículo 2662, "es el que se adquiere en un fideicomiso singular subordi-

nado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutoria, o hasta el vencimiento de un plazo resolutorio para el efecto de restituir la cosa a un tercero”.

Para aumentar la dificultad, el artículo 2507 dice que hay dominio “menos pleno e imperfecto cuando debe resolverse al fin de un cierto tiempo, o al advenimiento de una condición”.

No basta prohibir la enfiteusis, y el derecho de superficie, o la propiedad dividida en planos horizontales. Es menester cuidar de que no vuelvan por otro camino.

Se nos dice que hay dominio fiduciario, y hasta se nos dan sus condiciones: ha de constituirse por fideicomiso singular; ha de ser subordinado a una condición resolutoria o ha de durar hasta el vencimiento de un plazo resolutorio; ha de existir para el efecto de restituir la cosa a un tercero.

Algunos intérpretes se desembarazan con una facilidad que exigiría mejor demostración, de la dificultad que nace de semejante disposición. Se dice que los artículos 3724, 3730 y 3731, hacen imposible el dominio fiduciario.

Es ese un extraño método de interpretación. Un artículo no vale más que otro, como disposición legal. Y el artículo 2662, nos afirma lo que la interpretación niega. Hay dominio fiduciario.

Lo hay, dice, cuando se adquiere por fideicomiso singular. Y hay fideicomiso singular tanto por disposición de última voluntad, como por donación entre vivos.

Pero fideicomiso singular no quiere decir sustitución fideicomisaria.

“Se entiende en general por fideicomiso, la disposición por la que al gratificar a una persona, se le encarga de restituir el objeto dado o legado a un tercero que se gratifica en segundo término. El cargo de restituir puede ser impuesto al donatario o legatario, sea pura y simplemente, o con indicación de un término cierto, sea bajo una condición suspensiva o con indicación de un término incierto. **En el primer caso, la disposición constituye lo que en derecho romano se llamaba un fideicomiso puro y simple.** En el segundo, constituye un fideicomiso condicional.

“Cuando el cargo de restituir a la persona gratificada en segundo término es aplazado a la muerte de la persona gratificada en primer término, la disposición constituye lo que se llama, en derecho francés, más especialmente, una sustitución fideicomisaria, o simplemente una sustitución. Resulta de ahí que todo fideicomiso condicional, en el sentido del derecho romano, no constituye necesariamente una sustitución fideicomisaria en el sentido del derecho francés”....

....“Los fideicomisos puros y simples, y aun los fideicomisos condicionales o a término, en los cuales el cargo de restituir no es trasladado a la muerte del gravado, **son igualmente autorizados** como no constituyendo otra cosa que simples disposiciones modales”. Aubry y Ráu, VII, § 693. Y como ellos, Demolombe, 18, números 69 y 85|6; — Laurent, 18, números 402 y siguientes.

Ahora que sabemos que lo que el artículo 2662 establece es una sustitución vulgar, modal, “subordinada a durar so-

lamente hasta el cumplimiento de una condición resolutoria o hasta el vencimiento de un plazo resolutorio **para el efecto de restituir la cosa a un tercero**", texto que se ve es inspirado, palabra por palabra, por Aubry y Rau, de que tanto se sirvió Freitas, continuemos con el examen que veníamos efectuando.

Hay, pues, dominio revocable y esto por dos causas: o porque existe una transmisión sometida a una condición resolutoria, o porque sólo se ha transmitido el dominio por un término resolutorio, esto es por un término extintivo: artículo 2507.

Reservando para otra oportunidad el estudio del dominio sometido a condición, o cargo modal, decimos que es inadmisibles la existencia de un dominio temporario. Porque no es condición accidental, sino orgánica, la perpetuidad del dominio (artículo 2510). El dominio temporario, no es dominio; en los inmuebles es derecho de superficie.

Si el derecho constituido es por tiempo, hay otro titular de un derecho de dominio que se ejercerá libremente a la expiración del término. Y necesariamente las facultades del actual tenedor, serán las de lo que impropriadamente se llama dominio útil.

Porque hay que gozar del bien de manera de no perjudicar la cosa, de no destruirla, no degradarla. La disposición es limitada. No proporciona otra ventaja jurídica o económica que la de un goce temporario. Y eso no es dominio. Es derecho de superficie, aunque se concediera autorización para reedificar.

Se proscribe el enfiteusis y la propiedad limitada a planos superficiarios. Y esto por los graves inconvenientes económicos y jurídicos de esas afectaciones. ¿Qué es enfiteusis? ¿Qué es superficie? ¿Qué es dominio útil? No lo precisa en parte alguna el Código, y precisamente por eso, se agravan los términos del problema que sus disposiciones plantean.

Analicemos. El dominio puede ser temporario. ¿Cuál es el término autorizado? No lo limita la ley. Por consiguiente, todo término: diez, cien, quinientos años.

La propiedad puede ser desmembrada, por consiguiente, de tal manera que una persona sea dueño no sabemos de qué, del suelo supondremos desde que el suelo es el inmueble, y otra, de su emolumento, su explotación. Esta, precisamente porque no dispone del suelo, no puede obtener todas las ventajas económicas de la propiedad. Aquél, tampoco puede beneficiarse con su dominio: en realidad es una expectativa. Uno tiene la sombra de la propiedad. El otro su goce, sin la continuidad, y la seguridad. Ninguno tiene interés en mejorar, en construir, en invertir capitales, a medida que se va acercando el término. Por eso, para evitarlo, todo el régimen del Código asegura la reconstitución de la propiedad plena. El arrendamiento es limitado a diez años: concluye antes del tiempo exigido para la amortización de los capitales invertidos. El usufructo, el uso, la habitación, no pueden exceder de una vida. La retroventa, el pacto de preferencia, la hipoteca, no pueden establecerse sino por pla-

zos cortos. La propiedad libre, real, es la solución buscada. La desmembración, o la resolución, es un episodio accidental.

Pero, el Código, no permite, se dirá el enfiteusis, el derecho de superficie. Bien. Veamos.

El enfiteusis, y la superficie, podían ser perpetuos. Y el dominio temporario sólo puede ser constituido por un término que alguna vez llegará.

Es evidente que si ese término excede a la duración de una generación, si es de dos o tres, digamos, todos los inconvenientes de las vinculaciones se presentan. Se prohíben las sustituciones fideicomisarias, que sólo detienen la libre disposición por una generación, ¿y se permitirá el dominio temporario por varias?

Pero la enfiteusis y la superficie, no son, ni fueron, necesariamente, perpetuas. En Francia, la primera es temporaria siempre. La superficie, en Bélgica dura 50 años y no más. En Alemania puede ser perpetua.

Si es así, la propiedad temporaria se convierte de hecho en una enfiteusis, y en un derecho de superficie. La primera solo se distingue del segundo, por el pago de un canon periódico y del laudemio, y por el juego de la libertad de convenciones, desde que no tenemos reglas que definan lo que es esencial y no es esencial, en esos derechos, se pueden establecer, con pagos de precio de venta escalonados, de amortizaciones de deuda, todas las combinaciones deseadas. Solo hay un límite: los censos, — no los pagos de precio, — no pueden exceder de cinco años.

La legislación vigente en el momento en que el Código se sancionaba, consideraba que la enfiteusis era enagenación. Así la Ley, 3, título 14, Partida 1ª, decía: "Enfiteusis es manera de enagenamiento... E puede fazerse tal enagenamiento como este para siempre, o para tiempo cierto". Febrero — Goyena — II, N° 3190, explicaba a su vez: "Censo enfiteutico es un contrato bilateral por el cual, **reservándose el dominio de cierta cosa raíz** transfiere a otro el útil para siempre, o por tiempo determinado con la precisa obligación de pagarle cierta pensión"... Es lo que en todas letras dice el artículo 2661.

En tal situación, el derecho de superficie — que en Alemania, y otros países, — es limitado a la edificación y construcción de obras sobre el suelo para impedir la enfiteusis, está creado por el solo hecho de admitir el dominio limitado a término. Las diferencias serían de ápices: minas, tesoros. Ni hay minas en todas partes, ni tampoco se encuentran tesoros. La superficie, el dominio útil, el dominio temporario, son palabras diversas que encubren una misma e idéntica cosa.

Si se quiere establecer la superficie establézcase francamente. Se saldrá de la actual situación, vaga, no legislada, peligrosa, de términos no limitados, de derechos en el propietario temporario, y en el permanente, no definidos, ni precisados. Pero en el estado actual de las cosas, no se comprende que haya prohibiciones verbales, por un lado, y derechos positivos, posibles, por otro.

Art. 2. — Se reproduce el artículo 2513, al cual se agregará después de “prohibir que otro se sirva” las siguientes “o entre o pase por ella” y, lo demás que sigue, como está.

Se suprimen los artículos 2516 y 2517.

Art. 3. — Se reproduce el artículo 2514.

En reemplazo de los artículos 2614 y 2617:

Art. 4. — Los propietarios de bienes raíces no pueden

Por eso en los artículos siguientes proyectamos la prohibición de establecer en hipótesis alguna, ni a título de excepción, la limitación del dominio en cuanto a su transmisión, y la de su establecimiento por tiempo definido o indeterminado. La propiedad debe ser libre. Su transmisibilidad, su libertad, su reconstitución, a la condición de plenitud económica, interesan a la cosa pública, a la organización del crédito, a la constitución política del país.

Sobre la primera parte del artículo: Windscheid, *Pandekten* I, § 167; — Dernburg, *id.*, I 2, § 192; — Planck, *Sachenrecht*, Observaciones preliminares al Título I, de la propiedad, y sobre el § 903. — Véase además, Dernburg, *Derecho Prusiano*, I, § 227.

Art. 2. — Dice el artículo 2513 que puede el propietario “disponer (de la cosa) por actos entre vivos”. Es evidente que también lo puede por otros: artículo 3606. No hay motivo, entonces, para corregir lo que está salvado en otra disposición.

Art. 4. — Los Códigos recientes que como el Alemán, § 1018, y el Suizo, artículo 675, admiten el derecho de su-

constituir sobre ellos derechos de enfiteusis, ni de superficie, ni de dominio limitado por término cierto o incierto, ni hacer en ellos vinculación alguna.

Tampoco pueden dividirlos horizontalmente entre varios dueños.

Art. 5. — Las condiciones resolutorias, o las estipulaciones que permitieran la resolución del dominio a voluntad

superficie, cuidan de prohibir explícitamente, § 1014, del primero, y artículo citado del segundo, el derecho de dominio útil a pisos separados. En 1919 se ha modificado el primer Código, ampliando muy considerablemente el derecho de superficie, que puede ser temporal o perpetuo, facilitándolo en todo lo posible, pero siempre se ha repetido la prohibición de la constitución de derechos separados para cada piso, (artículo 1, Ley de 15 de Enero de 1919), tan graves son los inconvenientes de la propiedad por planos horizontales.

Es claro que los códigos que autorizan el derecho de superficie, admiten la propiedad temporaria.

Nuestro artículo no menciona los censos o rentas de que habla el 2614 vigente, porque en el título respectivo nos ocuparemos de ellos, salvando así la omisión del Código que, por un lado, los autoriza por un término de cinco años, y por el otro, deja de legislar sobre ellos, quedando sin precisar sus efectos.

Art. 5. — Son notorios los inconvenientes de la propiedad resoluble. No hay crédito real posible sobre ella. Las

del propietario enagenante, se entenderán limitadas al término de cinco años cualquiera que sea la disposición que las establezca, aunque no pueda realizarse el hecho previsto dentro de aquel término, o el plazo sea mayor, o incierto.

construcciones y mejoras son impedidas por la amenaza de la resolución. La transmisión también es más que dificultada, y solo posible en condiciones necesarias de verdadera exposición. La propiedad queda realmente suspendida y vana durante el período de expectativa.

Por otro lado el sistema de publicidad de los derechos sobre inmuebles, no se acomoda con la existencia de esos derechos, que son y no son, y que constituyen para todos eventos peligrosos. No hay transacciones posibles, y sí, solamente especulaciones malsanas. Por eso el Código Alemán, y este proyecto lo imita, no admite la inscripción del dominio resoluble. Solo autoriza una inscripción preventiva que no produce ciertamente los efectos de la regular.

Por último, las condiciones constituyen hechos acaecidos fuera de la inscripción, cuya constancia no revela el registro, que pueden dar lugar a pleitos, quedando entre tanto suspendidos, por decirlo así, de hecho, los poderes del dominio.

Adoptamos por principio general, el que el Código ha establecido para la retroventa, artículo 1381. No debe dejarse por largo tiempo, suspendido e incierto el estado del dominio, y si para la retroventa se ha considerado necesario limitar el período de incertidumbre, nadie comprenderá que en

Si los cinco años transcurrieran sin haberse realizado la resolución, el dominio quedará, por ese solo hecho, definitivamente establecido.

otros casos deba dejarse indefinido. Es la peor forma de una afectación. (1)

Como si el Código se hubiera defendido contra esos inconvenientes, el artículo 1371, establece que el dominio no se recupera por la resolución. Es menester la tradición. Por consiguiente, la resolución, por sí, solo produce efectos de orden personal. No hay efectos reales. Tal vez, deberíamos decir, no hay efectos reales sin la tradición, lo que es un grave y peligroso sistema.

Pero, por un lado, todo esto es limitado a la venta, y las donaciones, y disposiciones de última voluntad, escapan a aquella prescripción, y por el otro, los artículos 2661 y siguientes, contradicen toda otra solución que no sea la de la revocación del dominio mismo, por acaecimiento de la condición o por manifestación de voluntad del que tiene derecho de retracto, etc. Y el Código, multiplica las ocasiones de reivindicación, artículos 787, 3955, y otros que no tenemos por que citar, en casos en que ni siquiera se trata de condiciones expresas en el título, solo dependientes de

(1) El Código Suizo limita el plazo a diez años, cualquiera que sea el mayor convenido. Lo consideramos excesivo. El Italiano, artículo 1516, a 5 años para la retroventa. Adoptamos ese término.

Las prohibiciones de enajenar y las cláusulas de no poder ser realizados los bienes, en caso de ejecución por deudas, se entenderán no escritas, y el dominio, definitivo, desde su constitución.

hechos contingentes y para los terceros, clandestinos. La propiedad queda así paralizada, y el más perjudicado es el propietario que no encuentra quien quiera tratar con él: según la frase notarial consagrada, los títulos son malos.

No significa nuestro artículo que no puedan concederse acciones de reversión, de reducción y de retracto. Lo que se resuelve es que, salvo lo que en disposiciones expresas se podrá decidir, aquellas y otras acciones de resolución no producen efectos en el dominio, que no abren acciones de reivindicación contra los terceros que adquirieron derechos anteriores a la acción **prenotada**, y que los que se siguen son acciones personales por enriquecimiento indebido: artículo 1866. Conservarles el poder de hacer caducar el dominio mismo, porque un vendedor se reservó derechos de preferencia a la compra en el caso de que el comprador se resolviera a vender, o que el donante pueda retraer lo donado, si le parece bien, en caso de sobrevivir al donatario, y otros semejantes, es hacer imposible todo sistema orgánico de publicidad, y lo mejor sería renunciar a la empresa.

Así se ha comprendido en países en que son más arraigadas que en el nuestro ciertas costumbres legales por adelantados dotales u otros de herencia, etc. Véase Proyecto Francés de la Comisión extraparlamentaria, artículos 12, 14,

Art. 6. — En sustitución del artículo 2662:

En caso de fideicomiso simple por sustitución vulgar modal en que haya de restituirse a tercero, la cosa heredada, legada o donada, se aplicará lo dispuesto en el artículo anterior para las condiciones resolutorias, si fuese condicional. Si fuese a término, se sujetará al de cinco años, y, vencido, el dominio pasará al nombrado en segundo lugar.

Art. 7. — Se reproduce el artículo 2510, pero en vez de “deje poseer la cosa por otro” y lo que sigue hasta el fin, se dirá:

15, 17, 18, etc., con variantes importantes (artículos 12 y 13). Volveremos sobre esta materia en el Capítulo siguiente.

No consideramos justificadas distinciones entre prohibiciones generales de enagenar, y las relativas a persona dada, porque ningún motivo puede existir para hacerlas.

Art. 6. — El fideicomiso simple, o sustitución vulgar modal, dependiente de término resolutivo o de condición, no debe permitirse indefinidamente. Pero si dentro de los cinco años no se ha restituido la cosa al tercero favorecido en segundo término, la consecuencia no debe ser como en la condición, o reversión. No se ha legado, donado, o instituido heredero al fideicomisario. Al contrario: se ha querido que el tercero adquiera después del término. Y en caso de condición, por lo mismo que esta no se ha realizado, el primer instituido queda propietario firme.

Art. 7. — Es evidente que no por “dejar poseer a otro”, se produce la usucapión, sino en la doctrina de la posesión

a no ser que haya dejado adquirir la cosa a un tercero por prescripción.

Art. 8. — Se reproduce el artículo 2511, pero en vez de “previa la desposesión y una justa indemnización”, se dirá: previa a la desposesión, una justa indemnización. (Lo demás como está en el artículo).

Art. 9. — Se reproduce el artículo 2512.

Art. 10. — En el mismo caso de necesidad y urgencia, un particular puede ejercer una acción en la cosa de otro, y su propietario no podrá impedirla, si el daño de que el tercero está amenazado es muy grande en relación del que pueda causar por su acción.

“animus domini”. La alteración del sistema, que admite poseedores de otra suerte, que no pueden intervertir por sí solos el título, determina la corrección.

Art. 8. — Es notorio el error, — sin duda de imprenta, — del artículo. La Constitución, artículo 17, dispone lo contrario. Desde que “es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa..., de servirse de ella, de usarla y gozarla”, artículo 2513, es claro que la desposesión no puede ser previa a la expropiación, y por consiguiente a la indemnización. Privado el dueño de la posesión, queda privado del beneficio de su propiedad sin contraprestación del expropiante, anterior, y no posterior, como lo quiere la Constitución.

Art. 10. — § 904, Código alemán; — artículo 701, Código suizo.

El propietario puede reclamar la indemnización del daño que ha sufrido.

Art. 11. — Cuando el propietario de un fundo ha construido un edificio en él, que, sin dolo o negligencia grave de su parte, ha invadido la propiedad vecina, el dueño de esta debe tolerarlo, a menos que se haya opuesto antes o en el momento en que su límite fué excedido.

Será indemnizado el perjudicado según lo prevenido en el artículo 8, y el terreno ocupado pasará al dominio del que construyó, a menos que este se allanase a retirar la construcción.

Si la parte de la heredad vecina fuera de la construcción resultare insuficiente para una utilización o construc-

Art. 11. — § § 912 a 915, Código alemán, y 674, Código suizo. Es un caso muy frecuente entre nosotros que no tiene solución razonable en nuestro Código. Es insostenible que en caso de buena fe haya que destruir el edificio.

El Código alemán establece como solución normal la de pago de una renta censual por todo el tiempo que dure el edificio: el dueño de la superficie invadida conserva su propiedad. Esta solución está de acuerdo con dos instituciones de ese Código que admite la renta inmobiliaria, y el derecho de superficie. Ninguna de las dos puede darnos la solución pues la primera no es admitida en el nuestro por el tiempo que sería necesario por la duración del edificio.

Permite, además, que el vecino cuya propiedad se ha invadido exija la compra de la parcela ocupada.

El Código suizo da otra solución bastante distinta.

ción de explotación normal o quedase perjudicada la ya existente, su propietario podrá exigir la adquisición total.

Si no se abonase el precio en cualquiera de los casos, podrá ser obligado el constructor a la demolición, y la expropiación quedará sin efecto.

Art. 12. — Se modifica el artículo 2518, así:

La propiedad de un inmueble comprende todo el espacio aéreo sobre la superficie del suelo, y toda la profundidad debajo de ella.

No puede el dueño, sin embargo, impedir los actos que se realicen a tal altura o a tal profundidad, que no tenga interés de ningún género en excluirlas.

Puede extender sobre o debajo del suelo sus construcciones, aunque priven al vecino de luz, vistas, u otras ventajas. Puede demandar la demolición de las obras del vecino que a cualquier altura o profundidad avancen sobre su fundo.

La expropiación total o parcial es la única solución posible. Pero puede ocurrir que no tenga recursos suficientes el que ha construido, o esté hipotecada o afectada su propiedad, y nuestro artículo, provee a los diversos supuestos. El que ha construido y sus acreedores, buscarán la solución para evitar la demolición.

Art. 12. — Sobre los actos que no causen perjuicio al propietario, realizados en el espacio aéreo, o profundidad, § 905, Código alemán, 667, Código suizo, y 526, Código brasileño y artículo 19, ley francesa de aeronavegación, 1924.

Art. 13. — Se modifica el artículo 2519, y se sustituye el artículo 2521, por el siguiente:

Todas las construcciones, plantaciones, y obras existentes en la superficie o en el interior de un terreno, pertenecen al propietario del fundo, sin admitir prueba en contrario, y sin perjuicio de los derechos de los usufructuarios y locatarios, y de las indemnizaciones que procedan a favor de tercero, según las disposiciones de este Código.

Nuestro artículo no menciona las minas y tesoros de que el vigente habla, porque las primeras son legisladas por otro Código autónomo, y los tesoros por los artículos 2550 y siguientes con mucha más propiedad y exactitud que el 2518. Véase artículos 2556 y el 2559.

Art. 13. — Los artículos 2519, y 2521, son manifiestamente erróneos, en cuanto habla el primero de prueba contraria para acreditar la propiedad de construcciones independiente de la del suelo, y el segundo en cuanto habla de propiedad de obras debajo y sobre la superficie, distinta de la propiedad del inmueble mismo. Todo esto se refiere al derecho francés que admite la enfiteusis, el derecho de superficie, y el de propiedad separada en planos horizontales. Su consecuencia es la posibilidad de construcciones y plantaciones que no son del dueño, Demolombe, 9, números 644, 653, y siguientes. Se liga, además, esa manera de expresarse con la falsa doctrina de la existencia posible de dos dominios, el directo, y el útil, de que también habla nuestro artículo 2661. El usufructuario, el usuario, el dueño del pre-

Art. 14. — Se reproduce el artículo 2520.

Art. 15. — Se reproduce el artículo 2523.

Se suprimen los artículos 2522 y 2524.

dio dominante, no tienen dominio de ninguna clase, útil o no, en el inmueble sometido; pueden usar, en cierta limitada medida y nada más: no pueden disponer, alterar, modificar la sustancia. Hasta en el derecho de superficie, las construcciones no son del que lo posee: son del dueño del suelo, que está sujeto al derecho del superficiario, con y sin construcciones. Desde Thibaut, que lo demostró en sus Ensayos — II, página 71, y Disertaciones, página 266 y siguientes (1) — no se admite la idea de dominio útil introducida por los glosadores, — Windscheid, Pandekten I 2, § 169 a: — Dernburg, id, I 2, § 258, y nota 14. — Motive, III, página 466, — Planck, III, observaciones preliminares, al título del derecho de superficie. Algunas legislaciones conservan, sin embargo, la expresión dominio útil sin disidencia de fondo. Siempre se trata del derecho de goce de alguna cosa.

En las servidumbres, de acueducto, por ejemplo, la construcción hecha en el fundo ajeno, no constituye propiedad distinta de la de este, perteneciente al inmueble dominante. No: la heredad sujeta lo está como fundo, — suelo y obras, — a la servidumbre. Si cesa, la construcción adquiere la libertad con el inmueble, y no continúa propiedad alguna del fundo dominante.

(1) Siguiendo las opiniones de Cujas y Doneau.

CAPITULO I

De la adquisición y pérdida de la propiedad sobre inmuebles

§ 1

Art. 16. — Se sustituyen los artículos 2601, 2602 y 2603, por el siguiente:

Pero entre nosotros en que no existe derecho alguno de superficie, de enfiteusis, o de planos separados, mal puede haber propiedad de bodegas, ni de canteras, que no sean del dueño del suelo, salvo, lo repetimos, lo que por otros códigos pueda establecerse sobre la propiedad minera.

Decimos en el artículo, “sin perjuicio de los derechos de los locatarios y usufructuarios” y salvos, también, los de indemnización a que pueda haber lugar. Nos referimos al “jus tollendi”, que naturalmente no tiene relación con las construcciones firmes, que el dueño puede impedir reteniendo las mejoras, el cual es un derecho personal y no un derecho real de propiedad: artículos 589, 1533 y siguientes, 2472, 2441, 2588|9, 2946, etc. Véase Dernburg, Pandette, I 2, § 208.

Art. 16. — En cuanto al primer párrafo: § 925 Código alemán; artículos 8 y 10 del proyecto francés de ley de la Comisión extraparlamentaria, sobre Institución del registro de inmuebles; artículos 971, y 972, Código suizo; artículo 67, ley de registro para Marruecos, y todas las leyes que

La transmisión del dominio de un inmueble convenida entre el enagenante y el adquirente, se realiza por la inscripción del acuerdo en el Registro.

establecen el sistema Torrens. Siguen principio distinto, los artículos 2, 29, y 34, Ley Hipotecaria Española, y la ley de 1924, introduciendo el derecho francés en Alsacia-Lorena, artículos 36 y 40, que limitan el efecto de la inscripción a los terceros.

No es menester fundar en nuestro derecho el principio de que la propiedad no se trasmite por efecto de las convenciones, desde que es el fundamental del Código. La comisión extraparlamentaria antes citada compuesta de los hombres más eminentes de Francia, admitió, en el artículo 10 de su proyecto, la modificación del Código Francés, en cuanto a la transmisión de dominio entre las partes. Puede verse la discusión en el tomo 9, de las actas, páginas 37, 359, y 411. Más tarde se ha establecido como ley en Marruecos.

Respecto del segundo párrafo: § 925, Código alemán, y sobre él Planck, artículos 217, Código suizo de las obligaciones, y 959 (1), Código Civil Suizo. El proyecto francés

(1) El texto oficial de la edición francesa, difiere del también oficial de la edición alemana: el primero habla de "anotación en el registro en los casos expresamente previstos por la ley"; el segundo de "prenotación". (Vormerkung). Véase Wieland, sobre ese artículo (edición alemana). En la traducción francesa de esta obra, se llama "anotaciones", a las preventivas, e "inscripciones" a las definitivas, página 489 y siguientes).

La transmisión hecha por convención bajo condición o término, de cualquier especie, es nula. Puede ser anotado preventivamente el convenio que la dispone.

adopta distintas soluciones para los diversos casos, artículos 12 a 20.

Cuando decimos en el texto "transmisión convenida", e inscripción "del acuerdo" entendemos referirnos al contrato abstracto desligado de su motivo jurídico o contrato causal, que naturalmente pueden ser un único acto jurídico, o no, en virtud de callar las partes, si así les conviene, el acto jurídico causal.

De acuerdo con el Código alemán, y con el suizo, proyectamos que no puede constituirse dominio dependiente de condición, y de término. Solo se puede efectuar una anotación preventiva (1).

Es evidente esa solución en los casos de condición, y término suspensivos, desde que en el primer supuesto no hay derecho alguno durante el período de expectativa. Pero tampoco lo hay en el de término suspensivo. Solo existe obligación. Desde que hay término suspensivo o inicial, el dominio, por la hipótesis misma, permanece en el enagenante, y no pasará al adquirente, sino vencido el plazo.

(1) Artículo 37, proyecto sobre establecimiento de Registro, de la Comisión extraparlamentaria francesa.

Pero si la condición es resolutoria, o el término es extintivo, podría, siguiendo la antigua doctrina, ser transmitido bajo esas modalidades.

Ha prevalecido por razones obvias, la solución opuesta del derecho prusiano, que nuestro artículo 1371, tomó del 262, título 11, Parte 1^o del Landrecht. Decimos esto porque si bien el dominio, según el texto, se transmitió (1) también es exacto que se transmitió sin el carácter de resoluble, desde que a pesar del acaecimiento de la condición permanece en el comprador, y es menester la tradición, es decir, la transmisión de la propiedad del adquirente al vendedor. Verdad es que después, ni Freitas, que también adoptó aquel texto, ni nuestro Código, mantuvieron con firmeza tan sano principio.

“El traspaso de propiedad bajo término extintivo, decía Dernburg, (Derecho Prusiano, I, § 227), solo proporciona económicamente una situación semejante al usufructo. Por eso el derecho romano clásico había declarado nula la transmisión de propiedad dependiente de término extintivo como contradictoria de sí misma, lo que no excluía naturalmente una obligación personal del adquirente... Según el Landrecht, no puede crearse una propiedad por término, por vía de actos de enagenación voluntaria entre vivos. Aquél, a quien por acaecimiento del término debe volver la cosa, tie-

(1) Artículo 261, título citado del Landrecht prusiano, que lo decide expresamente.

Art. 16 bis. — La transmisión, salva declaración contraria, comprende los accesorios del inmueble existentes en él en el momento de la inscripción. Los objetos que, por su efecto, se entreguen al adquirente, o los que pasasen a poder de tercero, se regirán por las reglas generales sobre posesión de las cosas muebles.

/

ne, empero, una acción personal para la readquisición; esta acción adquiere en los inmuebles realidad por la anotación en la segunda sección de la hoja del registro”.

Los mismos principios valen, según el derecho prusiano, para la condición resolutoria.

A las consideraciones que ya hemos expuesto en una nota anterior, ha de agregarse que el acaecimiento de las condiciones produce por el hecho su efecto; por consiguiente la resolución del dominio se produciría fuera de la inscripción, y sería clandestina para los terceros, mientras no se efectuara. Lo que equivale a decir que la inscripción no se hará sino cuando el dominio sea firme.

Para asegurar todas las relaciones de derecho legítimas, basta la anotación preventiva de los actos. La acción personal se convierte in rem scripta por ese medio. Y esto, como lo dice el artículo 959, Código suizo, en los casos en que la ley **expresamente** lo autorice.

Art. 16 bis. — Artículos 2316, 2520, 3160. § 926. Código alemán.

Del artículo deriva una doble consecuencia: La buena fe se juzga a la época de la posesión efectiva para el ad-

Art. 17. — La inscripción no impide las acciones que procedan entre enagenante y adquirente para recuperar la cosa. No producirán efecto respecto de terceros, sino en los casos de anotación preventiva, en cuanto a los derechos constituidos posteriormente a ella.

Art. 18. — Los actos jurídicos entre vivos, declarativos, o modificativos de dominio, se regirán por las disposiciones precedentes.

quirente, y los terceros. La acción contra estos, cuando procede por ser de mala fe, o por otras causas se adquiere desde la inscripción.

Art. 18. — Artículo 2, Ley Hipotecaria Española; artículo 8, proyecto de la comisión francesa extraparlamentaria.

Los actos declarativos se limitan a establecer un estado exclusivo de dominio ya constituido, como en la partición, o a confirmarlo o reconocerlo, como en la transacción, la ratificación, y otros semejantes. Pero no pueden producir efectos contra terceros, ni entre las partes, sino por la inscripción, porque sus efectos son modificativos del estado presente, en relación de los coparticipes, o partes en la transacción, confirmación, etc.

Hablamos de acuerdos por actos entre vivos. Las disposiciones de última voluntad se guían por otros principios, en cuanto a la confirmación, o reconocimientos. Las particiones caen dentro de la regla del artículo en cuanto sean extrajudiciales.

Art. 19. — Se sustituyen los artículos 2607 y 2608, por el siguiente:

Se pierde el dominio de los inmuebles por el abandono. Debe ser efectuado por inscripción de la declaración hecha por escritura pública.

Los inmuebles abandonados pertenecen al Estado nacional, o a las provincias en cuya jurisdicción inmediata se encuentran.

Art. 19. — El artículo 2607, contiene una disposición demasiado general. Los inmuebles sin dueño no pueden ser apropiados por ocupación (artículo 2528) porque la hipótesis no puede producirse: siempre tienen un dueño, — si no es particular, es el Estado: artículo 2342.

Tampoco adoptamos la decisión del § 928, Código alemán, según la cual, producido el abandono por la inscripción, el Estado solo adquiere un derecho a la apropiación, que se realiza por su declaración inscrita en el Registro de que la propiedad le pertenece.

No hay necesidad de ella; inscrito el abandono, por el hecho, el Estado es dueño, pues no se trata aquí del abandono con otros alcances (artículos 2723, 2724, 3175, etc.), sino del abandono de la propiedad misma, del dominio de la cosa. Hacer depender de la declaración del Estado por la inscripción, su adquisición produciría más graves trastornos que beneficio. La inscripción en la hoja del registro que se refiere al inmueble, ya hace saber la situación del dominio: pertenece al Estado. Y si este debiera pronunciarse por la adquisición, solo beneficiaría a los usurpadores de mala fe,

Puede abandonarse la parte indivisa que se tiene en un condominio, y en ese caso acrece proporcionalmente a la de los demás. No puede abandonarse una parte indivisa de la cosa, por el propietario exclusivo de ella.

Se modifica el artículo 2610, así:

Art. 20. — Se pierde el dominio de los inmuebles por

la inacción determinada por la falta de noticias; pero principalmente perjudicaría la distinción entre dominio de lo que llamamos indebidamente tierra pública, y la que ha vuelto a serlo por renuncia expresa del antiguo dueño.

Por último, nuestro artículo modifica el artículo 2608, que no resuelve lo que sucederá por la renuncia de la parte en condominio, y establecemos como regla general, la disposición del artículo 2685 que la presupone en un caso particular.

Art. 20. — Las modificaciones del texto actual del artículo 2610, o se explican por sí solas, o son consecuencia de lo antes proyectado, sobre construcción que excede el límite divisorio, resolución o nulidad del acto jurídico en cuya ejecución se transmitió el dominio.

Decimos, además, “trasmisión o declaración judicial” del dominio no solo para comprender el efecto de la cosa juzgada, modificativo del estado controvertido, sino principalmente, para incluir el supuesto de la sentencia que admite la usucapión. En esta el dominio no ha sido transmitido, ni por la parte o el Juez por ella, ni por la sentencia misma que solo es declarativa.

la transmisión, o la declaración judicial del dominio cualquiera que sea su causa, ejecución de sentencia, o expropiación por causa de utilidad pública, o en los demás casos que este Código la autoriza.

Se suprimen los artículos 2604, 2605, 2606 y 2609.

Suprimimos por esa causa, todas las referencias que el artículo 2606 contiene sobre inscripción, porque esta se trata por el Código en una parte especial, la que experimentará las profundas modificaciones y limitaciones que el sistema de publicidad adoptado impone por su solo establecimiento.

La supresión de los demás artículos del capítulo actual "de la extinción del dominio" es determinada porque o se refieren a cosas muebles, o son inútiles o inexactos.

Es ocioso decir que la destrucción total de una cosa extingue el dominio. Es inexacto que el dominio se extingue, por regla general, por ponerse la cosa fuera del comercio, porque eso sería inconstitucional desde que las cosas están fuera del comercio (artículo 2337) cuando la ley las declara inalienables, o (artículo 2336) se hiciese depender su disposición de una autorización pública.

Cuando, y como, la ley puede afectar el derecho particular de dominio es materia de derecho constitucional, y no del derecho civil. Y no se extingue la propiedad en cualquier hipótesis de prohibición legal de disponer, o disponer sin autorización. La función legislativa, no es de derecho privado. Es atribución de la soberanía.

§ 2

Del aluvión y la avulsión

Art. 21. — En sustitución de los artículos 2572, 2573, 2576, 2577 y 2581, el siguiente:

Art. 21. — Las modificaciones que el artículo proyecta son varias.

1° El Código limita a los ríos no navegables la aceción por retiro natural de las aguas. No conocemos Código que disponga semejante exclusión de los ríos navegables, y sí, al contrario, los que expresamente los comprenden, — artículo 556, Código Francés, 453, Italiano, de Luisiana, artículo 509, (antes 501, mal citado por la nota), 651, Holandés, que somete el aluvión a la obligación del camino de silga, y el 652 que se refiere a los lagos navegables, y a las costas del mar, Brasileño, artículo 538, Chileno, artículo 650, que declara ser perteneciente el aluvión al Estado, cuando se forma en “puertos habilitados”, — o los que no establecen excepción alguna, como el Español, artículo 366, y la ley de aguas, artículo 47, el Suizo, artículo 651, Austriaco, artículo 411, etc.

Y no puede armonizarse esa disposición con las razones generales que determinan la aceción por aluvión en los demás casos.

No son de dominio público sino los ríos y sus cauces. Si es así, no se ve como puede crearse una propiedad intermedia entre la heredad confinante, y el cauce que se vá

Pertenece a los dueños de las heredades confinantes con ríos y lagos, navegables y no navegables, arroyos y torren-

retirando insensiblemente. La heredad por el hecho, queda desnaturalizada: confinaba con el río, — ahora ha perdido su límite, y pasa a ser una propiedad no ribereña.

¿En qué momento se ha producido esa desnaturalización? ¿Lo sabe alguien cuando el resultado se produce insensiblemente? Por lo mismo que “el lecho del agua, es movable, porque “avanza o retrocede”, por eso, nos dice la nota al artículo 2572, los terceros que lindan con ríos pueden unas veces perder, y “es justo que otras puedan ganar **para conservar su límite señalado**”.

Si esa — y otras — son las razones de la accesión (Véase Demolombe, 10, número 10), no se comprende que haya que distinguir según la navegabilidad de los ríos, como no distinguen la ley romana, y los códigos que la nota cita.

Lo grave es que no se sabe a que época referirse desde que el río actual puede no estar en el mismo punto que en épocas anteriores, lejanas ciertamente, y que no puede ser determinado en el terreno.

Por eso es que el artículo 2639 somete a las propiedades colindantes con “ríos o canales que sirven a la comunicación **por agua**”, a la obligación de dejar un camino “sin indemnización” y esto, en toda hipótesis. Es por consiguiente claro que “el río” es el límite de la propiedad, sin distinción de supuestos, y esto mismo lo repite en nuestro capítulo del aluvión, el Código, artículo 2577: el lecho del río se detiene en “la línea a que llegan las más altas

tos, el acrecentamiento que reciben por efecto de la sedimentación o retiro natural de las aguas. Pertenece al Estado el que se produce en la costa del mar.

aguas en su estado normal''. No hay fajas intermedias entre ella y la propiedad colindante del artículo 2639. (Véase Demolombe, 10, números 14 y 15).

Por otro lado, no se comprende que influencia puede tener en la solución la navegabilidad del río o lago. Se trata de aluvión. El canal navegable se ha retirado, y la navegación no ha sufrido: no se navega en tierra firme. Es sugestivo que los códigos, que, como el francés, establecen regímenes distintos, para las corrientes de agua, según que sean navegables, o no, en este particular borren toda distinción entre ellos.

2* Incluimos, como la ley española de aguas, artículo 47, y lo exige la doctrina de nuestro artículo 2340, 3º, los arroyos y torrentes, porque si estos y sus cauces son de dominio público, la propiedad particular se detiene en ellos. Por consiguiente el límite de ella es el álveo, y el terreno formado por aluvión o retiro de la corriente está fuera del cauce.

3* Incluimos a los lagos navegables y no navegables, como el Código de Chile, artículo 649, Holandés, artículo 652, ley española de aguas, artículo 47, y lo exige la doctrina general y especial de nuestro Código.

a) Hemos dicho en una nota al título primero de este libro, que los lagos que son atravesados por ríos, o son fuen-

El acrecentamiento se adquiere cuando está adherido al terreno confinante, y ha cesado de hacer parte del cauce o

te de ríos, siguen el régimen de los ríos. Son parte de ellos. Son aguas corrientes y no estancadas;

b) Si en los lagos navegables el álveo se retira por causa del aluvión existe la misma razón para decidir que para los ríos.

Si no son navegables, su uso y goce pertenece a los propietarios colindantes. Si se retiran, la propiedad, como en los ríos, sigue con el mismo límite. No puede ser separada de ellos y privada de su uso y goce que la caracteriza agrícola y económicamente;

c) Es la doctrina unánime. Cuando el artículo 2578 habla de lagos y lagunas se refiere, como expresamente lo dice, a las "aguas estancadas". No son estancadas las que forman parte de ríos (Demolombe, 10, número 25).

Pero aun en relación de las lagunas, estanques, y charcas, estancados, el artículo solo se ocupa del caso normal de su situación. Crecen y menguan, según las lluvias, fuentes o manantiales, que los alimentan. Y, así como el álveo de los ríos es limitado y se extiende a la línea de las aguas más altas, así el de los lagos y charcas, alcanza y comprende los terrenos que ocupan en su plenitud. Ni se adquiere, ni se pierde, lo que es del álveo, o lo excede en ocasiones de crecida extraordinaria.

Pero cuando el lago, o anegadizo, por efecto de fuerzas naturales desocupa definitivamente, por sedimentación,

álveo. Si este fuese canalizado y limitado por diques artificiales, el acrecentamiento no pertenecerá a los propietarios colindantes.

o retiro de las aguas una parte de su álveo, cuando el lago, por consiguiente, cambia su ubicación de una manera estable, la naturaleza impone la solución. Se ha perdido el terreno que ahora ocupa, porque el cauce es de dominio público, y es lago lo que antes no lo era, y recíprocamente, ha dejado de ser lago lo que antes lo era.

Es el régimen ordinario de todo aluvión: Demolombe, 10, números 29, 32 y siguientes.

Y lo mismo sería si por formar parte de un sistema de canalización, el lago o estanque desocupara definitivamente parte de su lecho.

4° Decimos en el texto proyectado “confinantes con ríos”, etc., y no como el 2572, “confinantes con la ribera de los ríos”.

No hay variación de doctrina, pero hay mayor claridad, por causa de la mala redacción del artículo 2581.

La ribera de los ríos, es según el lenguaje corriente, y según la acepción jurídica, parte de su lecho. “Se entiende por riberas, dice el artículo 35 de la ley española de aguas, las fajas laterales de los álveos de los ríos comprendidas entre el nivel de sus bajas aguas y el que estas alcancen en sus mayores avenidas ordinarias”. Es la traducción de la definición romana del Digesto reproducida por la nota del artículo 2577.

Art. 22. — Se modifica el artículo 2575, así:

Si lo que confina con el curso del agua,¹ o lago, es un camino del dominio público el aluvión pertenece al Estado.

La ribera es, pues, parte del álveo, de lo que el artículo 2577 llama lecho del río. Confinar con la ribera de un río, es confinar con el río: artículos 2574 y 2575. (Demolombe, 10, números 10 y 13).

Pero, decíamos, que hemos tratado de aclarar la disposición, perturbada por la mala redacción del artículo 2581.

Dice que el aluvión “no se considera tal sino cuando está adherido a la ribera y ha cesado de hacer parte del lecho del río”. Según esto, ribera no sería parte del lecho. Pero el terreno que ha formado el aluvión, no forma parte, ni adhiere a la ribera. Adhiere (artículo 2572) al terreno confinante con ella, esto es, con el cauce, álveo, lecho, del río.

5* El artículo 2573, habla de retiro insensible de las aguas de una de las riberas hacia la otra.

Ya Demolombe, 10, número 9, había notado que las hipótesis de retiro del río de un lado, son dos. Puede resultar de la que el citado artículo prevé, y puede resultar de estrechamiento del río por disminución permanente de su caudal, en cuyo caso, hay retiro de ambas márgenes. Por esa causa nuestro texto no limita los supuestos.

Art. 22. — Modificamos en dos puntos el artículo 2575.

Según él si lo que confina con la corriente de agua,

Art. 23. — Se reproducen los artículos 2579 y 2580. El segundo constituirá un párrafo separado del primero.

es un camino público el aluvión no pertenece a los propietarios ribereños.

Pero, el artículo 2639 dispone que los propietarios límites con los ríos o canales deben dejar una **calle o camino público, etc.** Si son "límites" con el río, "colindan" con él. Y si es camino público lo que deben dejar, jamás serían colindantes según el artículo 2575. Es el régimen de la propiedad, normal, precisamente porque es colindante, lo que dispone el artículo 2639. El camino es público, pero su dominio es privado. Es carga, no es expropiación: (artículo 2348).

Por eso decimos "camino del dominio público". Porque entonces la propiedad colindante está limitada por el camino. No es límite con el río. Demolombe, 10, número 14; Daviel, *Traité des cours d'eau*, I, números 96 y 97, 121 y 122.

La otra corrección consiste en limitar su solución al dominio del Estado, lo que comprende a las entidades autónomas del derecho constitucional. Frente a la Nación y a su poder soberano de legislación las municipalidades solo existen para ejercer las atribuciones que la Nación, en la capital, y las Provincias en su territorio, les han encomendado. Los municipios solo son parte del Estado, absorbidas por él dentro de su potestad. Por eso el artículo 2344, dice que son "bienes municipales los que el Estado o los Estados han puesto bajo el dominio de las municipalidades". No corres-

Art. 24. — El acrecentamiento de terreno unido a la heredad confinante con las aguas, pertenece al propietario de ésta, cuando se forme súbitamente por efecto natural de la corriente, o cuando es resultado de las plantaciones u obras defensivas que ha efectuado en su fundo.

También le pertenece el acrecimiento en el caso del artículo anterior cuando los ribereños perjudicados no han usado de los derechos que les atribuye.

Art. 25. — Se reproduce el artículo 2582.

Art. 26. — Se modifican los artículos 2583, 2584 y 2585, y se reproduce el artículo 2586, así:

Cuando la corriente de las aguas segrega de una ribera una porción de terreno y la transporta a otra heredad, su dueño puede retirarla mientras no se haya efectuado su adhesión natural. No está obligado a hacerlo.

Si la avulsión fuese de cosas no susceptibles de adhesión natural, se aplicará lo dispuesto sobre cosas perdidas.

ponde al Código Civil determinar cuales son esos bienes, o cuales han de ser. Es atribución exclusiva del Congreso para la Capital, y de las Legislaturas para las provincias.

Art. 24. — Véase Demolombe, 10, número 58 y siguientes.

Por esa causa hemos suprimido de nuestro proyectado artículo 21, la condición de que el aluvión ha de ser "paulatina e insensiblemente" formado (artículos 2572 y 2573). Puede serlo por depósitos o retiros, rápidos, bruscos: basta que sea resultado de fuerzas naturales. Y aun puede ser

Art. 27. — La isla separada de un fundo por la corriente al abrirse un nuevo cauce, continúa de propiedad del dueño. El álveo entra en el dominio público sin indemnización alguna.

Si las aguas lo abandonaran, sea por obras autorizadas, sea naturalmente, el dueño de la heredad recobrará el dominio.

Art. 28. — El cauce totalmente abandonado de los ríos y lagos es bien privado del Estado. El de los arroyos, y pequeñas lagunas, pertenece a los propietarios ribereños, y si dividen heredades, hasta la línea media.

En el primer caso, si no se reintegraran las aguas por obras, o naturalmente, en el cauce primitivo, se considera-

provocado por obras que influyen sobre las corrientes. En este caso hay que distinguir, como lo hacen nuestros proyectados textos, según que se haya causado daño, o no, a otros ribereños. El Estado tiene interés en la formación de terrenos productivos si con ello no se causa perjuicio a la corriente de las aguas, o a otras propiedades.

Las obras están siempre sujetas a la fiscalización administrativa: artículo 2641 y siguientes.

Art. 27. — Artículo 562 Código francés, que reproduce la solución romana: L, 7 § 4, 41, 1, Dig. — artículos 41 y 45, Ley Española de aguas.

Art. 28. — Según el artículo 2340, el cauce de los ríos es del dominio público, y hemos aclarado la disposición ex-

rán sobrantes de tierra pública y de acuerdo con las leyes respectivas, tendrán los ribereños derecho preferente a la adquisición.

El importe de esos sobrantes se entregará a los propietarios de las heredades en que se hubieran abierto las aguas nuevo álveo, proporcionalmente a la superficie perdida. No tendrán derecho a otra indemnización.

tendiéndola a todos los álveos de aguas del Estado. Pertenecen por consiguiente al dominio privado de él desde que dejan de ser cauces de aguas.

Nos ha parecido que debíamos considerar a las pequeñas lagunas, como las consideran las leyes vigentes: simples depresiones del terreno de la propiedad, y, también, que los arroyos abandonados por las aguas han de ser considerados, con ventaja pública, de propiedad de los ribereños, como lo hace el derecho universal. Lo que es un arroyo, es cuestión de hecho, que la legislación, así como el lenguaje común limita a las pequeñas corrientes de aguas.

En cuanto a los lagos, el Landrecht Prusiano, todavía vigente — artículo 267, título 9, Parte 1^a — los coloca en la situación de los cauces abandonados de ríos, que según su sistema general pertenecen a los ribereños — artículo 263 y siguientes, título citado. — Siendo estos por derecho de Indias de dominio público, les aplicamos la regla de los ríos.

Sobre la venta de los lechos y entrega de su precio a los propietarios perjudicados por el nuevo cauce, artículo 563 Código francés modificado por la ley de 1898; artículo 271, título citado, Código prusiano.

§ 3.

De la edificación y plantación

Art. 29. — Se modifica el artículo 2587, así:

El que ha sembrado, plantado, o edificado con materiales ajenos adquiere su propiedad, y está obligado a pagar su valor. Si hubiese procedido de mala fe, será responsable, además, por los daños que hubiera causado. El dueño de los materiales podrá reivindicarlos si ulteriormente fuesen separados.

Art. 30. — Cuando se ha sembrado, edificado, o plantado en terreno ajeno, de buena fe, y sin derecho para ello, el dueño está obligado a abonar el mayor valor que por los trabajos o la construcción ha adquirido el bien, en el momento de la restitución. Puede impedir la demolición o deterioro de los trabajos.

No está obligado a pagar las mejoras volupltuarias. El autor puede levantarlas, si no causase perjuicio al bien.

Art. 31. — El que ha edificado, plantado o sembrado sabiendo que no tenía derecho en el bien, está obligado a

Arts. 30 y 31. — El artículo 2588 no guarda relación con otras disposiciones. Puede edificarse, o plantar o sembrar, en terreno ajeno, por el usufructuario, el usuario, el anticresista, el heredero aparente, el poseedor, el locatario, y no es la solución del artículo 2588, siempre aplicable. Y lo mismo pasa con los que en virtud de contratos de locación, mandato, sociedad, etc., proceden. Las excepciones son

la demolición o reposición de las cosas a su estado primitivo, a su costa, si lo hizo sin autorización bastante del propietario.

tan extensas como la regla. Por eso decimos “de buena fe, y sin derecho”.

El caso principal es el del poseedor que entiende tener un derecho real sobre el bien por cuyo ejercicio se cree autorizado a ejecutar trabajos en él.

Pero el artículo 2588, nos declara la existencia de la obligación de indemnizar sin decir cual es la extensión de ella.

Es notorio que hay dos bases posibles, y aun una tercera. O se indemniza el valor de costo, o el actual en el momento de recuperar la propiedad, o se da opción por una u otra cantidad, como lo hace el Código francés.

Si hubiéramos de atenernos a la regla del artículo 2427, debería abonarse el valor de los dineros y materiales invertidos en las mejoras útiles o necesarias. Esto es, la indemnización del precio de costo.

Es cierto que se trata de impensas. Pero el Código nada decide sobre las construcciones por el artículo 2588, y en defecto de decisión especial, podríamos pensar que según el Código, importa poco el valor de enriquecimiento, y que el poseedor de buena fe tiene derecho a sus desembolsos, siempre que existan las mejoras en el momento de la restitución.

Hemos creído deber modificar esa solución.

El propietario no está obligado por las impensas útiles, hacia el poseedor por ningún motivo jurídico sino es el gene-

Si este quisiera conservar lo hecho, no podrán ser destruidas las mejoras, y deberá abonar el mayor valor que

ral de no enriquecerse nadie a costa de otro. Pretende lo suyo y nada más. Tal vez las mejoras le son inútiles según sus proyectos futuros. Tal vez no tiene recursos para pagar vastas construcciones. Sin embargo, el poseedor merece consideración. Bastante pérdida experimenta por la reivindicación de lo que adquirió onerosamente. No es equitativo privarle todavía de obras o impensas que han aumentado el valor del bien.

Pero no hay motivo alguno para imponer al reivindicante el pago del precio de costo, ordinariamente mayor que el actual, porque es esa una pérdida experimentada por el poseedor, por efecto de sus propios actos, y no por hecho del dueño. Y si fuese mayor el valor actual, no es este un motivo para enriquecer con la diferencia al propietario: es utilidad obtenida por el poseedor, por su hecho, su trabajo, su capital. Le compensará de la pérdida del bien en una parte, mínima probablemente. *

No existe razón alguna para apartarse del principio fundamental del enriquecimiento indebido.

El Código francés, concede en esos casos una opción al reivindicante para decidir entre los dos valores. Pero ¿por qué? Nadie podría decirlo: porque es propietario y nada más. El poseedor debe pasar por las consecuencias de su desastre.

En cambio, allí donde el poseedor edificó de mala fe — artículo 2589' — el dueño puede obligarle a demoler la cons-

por los trabajos hubiera adquirido el bien. No se debe el de las mejoras voluptuarias. Podrán ser separadas.

trucción. No es lo que dispone el artículo 2441: el poseedor tiene derecho a exigir el pago del mayor valor. Parece, por consiguiente, que la misma regla debería seguirse para las construcciones y trabajos nuevos, independientes o separados de las anteriores, a que se refiere el artículo 2441.

Sin embargo, no es esa la solución y con razón. El que sabe no tener derecho a una cosa, no debe efectuar en ella trabajos o construcciones nuevas, que sobre alterar el estado de las cosas, implican inversión de sumas que el propietario solo puede decidir si le conviene gastar en él. El usurpador no dispone a su arbitrio de lo que no es suyo. El reivindicante no ha de ser obligado a pagar construcciones que no hubiera hecho, que no ha autorizado. Debe tener derecho para exigir la demolición. Pero si quiere conservarlas, si le representan utilidad, no hay aquí motivos, tampoco, para autorizarle a que se enriquezca con el dinero ajeno.

Las impensas, y las construcciones se rigen, pues, por reglas distintas. Las primeras, incorporadas a la cosa, a las construcciones ya existentes, o en trabajos inseparables de ella, como los de irrigación, o desecación de terrenos anegadizos, por ejemplo, son siempre abonadas al poseedor de mala fe — artículo 2440 — por lo que costaron, si se trata de obras necesarias, y — artículo 2441 — no por su valor de costo, o a elección del propietario, por el actual, hasta concurrencia del mayor valor, sino firmemente por el de enriquecimiento. Véase: Demolombe, 9, números 684 y 688.

— Aubry y Rau, II, § 204. — Laurent, 6, números 269/70.
— El Código alemán § 996 concede el derecho, tanto por las impensas, como por toda mejora, útil, al poseedor de buena fe por el aumento de valor existente en el momento de la restitución. Lo niega al poseedor de mala fe, en cuanto a las mejoras útiles. § § 990 y 996.

Creemos, en consecuencia, que la situación en que el Código con las variantes y correcciones proyectadas, deja a los poseedores, tanto a los que lo son de buena fe, como a los demás, es más favorable que la que los códigos de mayor autoridad les conceden, y que consultan las críticas muy generalizadas que se han expresado respecto de ellos, por sus vacíos y anomalías.

Nuestro proyectado artículo 31, establece un principio general, para todos los casos en que sabiendo que la cosa no pertenece al ejecutor de las obras, se emprenden, eso no obstante.

Es, por consiguiente, muy extensa su aplicación. Comprende a todos los poseedores a título de derecho real, a todos los poseedores en virtud de derechos personales, y a todos los que como el gestor de negocios, mandatarios, depositarios, hacen trabajos no necesarios, sin conocimiento o autorización de su principal. Es claro que nuestra regla es subsidiaria, y que solo se aplica en cuanto de la propia relación jurídica no resulte otra aplicable, como en el mandato, por ejemplo, en la representación necesaria, etc., en cuanto según su extensión, la administración de los bienes ajenos

Art. 32. — Se reproduce el artículo 2590.

Art. 33. — El dueño no está obligado, en caso alguno, a abonar las impensas y mejoras útiles, posteriores a la notificación de la demanda. Debe las necesarias.

Art. 34. — Se modifica el artículo 2591, así:

Cuando la obra se hubiera hecho por el que no es dueño del inmueble con materiales ajenos, el de éstos no tiene acción contra el propietario del terreno. Solo puede usar de las acciones de su deudor. Esta disposición comprende a los que hubieran empleado su trabajo en el mismo supuesto.

les autorice a inversiones que mejoren los inmuebles administrados.

Art. 33. — Hemos establecido en la parte general que pendiente el litigio no puede innovarse en el estado de la cosa litigiosa. Es indiferente, por consecuencia, saber si hay enriquecimiento por efecto de los trabajos efectuados después de la demanda, cuando se trata de mejoras útiles. No se aplica esta regla al caso de las necesarias, que legítimamente ha podido hacer el demandado, y que no podía efectuar el demandante. § § 994 y 996, Código alemán.

Art. 34. — Artículo 1645. Las modificaciones en la redacción del artículo 2591 tienden a dar carácter general a la disposición.

Nota. — Los artículos 2592, y 2593, serán tratados en el capítulo siguiente.

Art. 34 bis. — El poseedor en el caso del artículo 30, tiene derecho de retención.

En el del artículo 31, lo tiene hasta que el propietario haya optado por la demolición y, en su caso, hasta ser pago de la indemnización debida.

Art. 34 bis. — Hay mucha divergencia legislativa y doctrinaria sobre el derecho de retención. Se admite, en algunos casos para las impensas y no para las demás mejoras. En otros se acuerda al poseedor de buena fe, y se niega al que no la tiene. Seguimos la doctrina del artículo 2440, y la aplicamos a las mejoras. La retención se concede a todo obligado a la entrega de una cosa que tiene créditos derivados y conexos con ella. No hay motivo para apartarse del principio.

CAPITULO II

De la adquisición y pérdida de la propiedad de cosas muebles.**§ 1.****De la apropiación**

Art. 35. — Se modifican los artículos 2525, 2526 y 2529, así:

El dominio de las cosas muebles sin dueño se adquiere por la posesión. Los inmuebles no se adquieren por ocupación.

La cosa materialmente abandonada por su dueño con la mira de renunciar el dominio, se convierte en cosa sin dueño.

Si el abandono se hubiera hecho para ciertas personas, estas únicamente podrán aprehenderlas. Si otras las tomasen, el autor del abandono podrá reivindicarlas, o exigir su valor.

Art. 36. — Se sustituyen los artículos 2527 y 2528, por el siguiente:

En el caso del artículo anterior, todas las cosas son susceptibles de apropiación privada. No pueden serlo las co-

Art. 36. — De los artículos 2343 y 2525, ya resulta lo que repite el 2527. De las demás disposiciones de este § 1,

sas pérdidas, lo que sin voluntad de los dueños cae al mar o a los ríos, ni las que se arrojan para alijar las embarcaciones, ni los buques o despojos de los naufragios.

* Se agregará, además, como segundo párrafo el artículo 2530, modificado así:

En caso de duda, no se entiende que la cosa, si es de algún valor, fué abandonada, sino que ha sido perdida.

Art. 37. — Se reproduce el artículo 2531, al cual se agregará en segundo párrafo el 2532, así modificado:

Se suprimirá todo lo que sigue después de “darle noticia de ella”. Y continuará, así: Si no lo hiciese, o no supiera quien es el dueño, debe entregarla enseguida al Juez más inmediato, o a la policía del lugar, los cuales anunciarán el hallazgo por avisos de treinta en treinta días o, en su caso, por aviso directo al dueño. Los avisos se publicarán durante seis meses.

respecto de la caza, pesca, y huida o migración de animales, y del párrafo que contiene el artículo 2530 resultan todas las demás enunciaciones de los artículos 2527 y 2528.

Art. 37. — No parece justificada la deducción que hace el artículo 2532 de la falta de aviso directo del inventor. Puede no serle fácil hacerlo, y, sobre todo, pensar que la autoridad lo hará. Conviene no levantar dificultades sobre la recompensa, cuando no hay apoderamiento en silencio. El criterio a que nuestra modificación se ajusta, es el general de las legislaciones europeas.

Art. 38. — Se sustituyen los artículos 2535, 2537 y 2538, por el siguiente:

Si no se presentara en ese término persona que justificase su dominio, la cosa se venderá en pública subasta. Si fuese corruptible, o su conservación dispendiosa, podrá anticiparse la venta. Se deducirán del producto, los gastos de aprehensión, y conservación, y una recompensa al autor del hallazgo, y el remanente pertenecerá a la municipalidad del lugar en que se encontró la cosa.

Subastada, el antiguo dueño solo tendrá derecho a la restitución del sobrante de precio entregado a la Municipalidad.

Art. 39. — Se reproduce el artículo 2536.

Art. 40. — Se reproduce el artículo 2539.

Art. 41. — Se reproducen los artículos 2542 y 2543, en dos párrafos separados de uno mismo.

Art. 42. — En sustitución de los artículos 2540 y 2541:

El animal bravío o salvaje, que se hallase en su libertad natural, pertenece al cazador que lo ha tomado, o en

Art. 38. — Es excesivo el término de seis meses contado desde el último aviso, como lo disponen los artículos 2535 y 2538, especialmente desde que no se fija plazo a la publicación, lo que puede conducir a un aplazamiento prolongado. Con ello, solo se obtiene inducir al inventor a ocultar el hallazgo. Hasta podría convenir abreviar a la mitad el proyectado: menor es el de convocación a herederos y acreedores.

cuyas trampas ha caído. Mientras el cazador persiguiese al animal que hirió, tiene derecho a él, aunque otro lo tomase.

Art. 43. — En reemplazo de los artículos 2528, primera parte, 2544, 2592 y 2593:

Los animales domésticos no pueden ser apropiados por aprehensión aunque hayan huido y se acojan a predios ajenos.

Los domesticados no pueden serlo mientras el dueño fuese en seguimiento de ellos.

Cuando los animales domesticados emigrasen y contrajesen la costumbre de vivir en otro inmueble pertenecerán al dueño de éste, con tal que no se haya valido de artificio para atraerlos. Si lo hubiere practicado responderá como por acto ilícito.

Art. 44. — Se sustituyen los artículos 2545 y 2546, por el siguiente:

Las abejas que huyen de su colmena y posan en propiedad que no es de su dueño, vuelven a su libertad natural, si este no fuese en su seguimiento. Solo en tal caso pertenecerán al que las tomase.

Si se incorporasen a otra colmena ya ocupada, pertenecerán al dueño de ésta, y el dominio del antiguo se extinguirá aunque fuese en su persecución.

No puede entrarse en persecución de enjambres, o de animales domesticados, a heredades ajenas, cercadas o cultivadas, sin permiso del dueño de ellas.

Art. 44. — El segundo período constituye el § 964, Código alemán.

Art. 45. — Se modifican los artículos 2547, 2548 y 2549, así:

Es libre pescar en los mares, y en los lagos y ríos navegables. En los lagos y ríos no navegables, y en los arro-

Art. 45. — El código trata en tres partes distintas, de la pesca.

En el artículo 2343, 1º, dispone que son susceptibles de apropiación privada, los peces de los mares interiores, mares territoriales, ríos y lagos navegables, guardándose los reglamentos sobre la pesca marítima o fluvial.

Ese texto es literalmente reproducido de Freitas, artículo 327, 2º, salvo en un detalle; este dice: ríos navegables y lagunas o lagos navegables. El nuestro “ríos y lagos navegables”.

Se ve que el calificativo comprende, como en el modelo que lo explica, a los ríos y a los lagos: unos y otros han de ser navegables.

También es de Freitas, — artículo 4101, 2º, y 4103, — nuestro 2548, si bien suprime la palabra “particulares” que Freitas empleaba.

El artículo 2527, dice que son susceptibles de apropiación, los peces de las mares y ríos y de los lagos navegables.

La redacción limita, pues, el adjetivo navegables, a los lagos. Parecería, entonces, que, en cuanto a los ríos, se trata de todos los ríos.

También la redacción de ese artículo, es tomada del 327, y de los 4085 y 4082, 4º, de Freitas.

yos, solo podrán hacerlo los propietarios ribereños, por su lado, hasta el medio del cauce.

En todos los casos, la pesca se sujetará a los reglamentos dictados por la Nación, o las provincias.

Art. 46. — Se reproducen los artículos 2550 y 2556: este constituirá un segundo párrafo separado del primero.

Ahora. La notada diferencia de redacción entre el artículo 2527, y el 2343, queda disipada por el texto del artículo 2548.

Es libre la pesca en las aguas de uso público. ¿Cuáles son?

Lo dicen varias disposiciones. Las aguas son, todas, de dominio público. Pero no todas lo son de uso público. No lo son los ríos y arroyos desde que según el artículo 2548 los ribereños, no pueden pescar sino por su lado, hasta la mitad de su corriente. Es claro que si los ribereños no pueden hacerlo en todo el curso de agua, menos pueden pescar en él, todo entero, los que no son ni siquiera vecinos. Mal puede ese límite autorizar duda alguna sobre ese punto. Por eso decía Freitas, que eran aguas particulares: artículo 4103. Por consiguiente los ríos pueden no ser de uso público. Y la diferencia se encuentra en el artículo 2639, y en el 2641. Los ríos, como los lagos, son de dos categorías legales. O sirven para la comunicación por agua, o no la admiten. En el primer caso hay que dejar un camino que permita esa comunicación para que las personas y las mercaderías se comuniquen por el curso de agua con las poblaciones: la propiedad

Art. 47. — Se reproduce el artículo 2551.

Art. 48. — Se reproducen los artículos 2552, al cual se cambiará la palabra "imperfecto" por la de "inmediato"; y se le agregará el artículo 2553, en segundo párrafo.

de los ribereños no puede impedir esa comunicación. En el segundo, la propiedad privada se interpone.

La pesca se encuentra en esa condición. ¿Cómo ha de ser posible si el uso del lago, río o arroyo, no es público? ¿O hay uso público sin libre comunicación?

Cuando, por consiguiente, el artículo 2343, decía que era posible la apropiación de los peces de los ríos y lagos navegables, decía lo que por la fuerza de las cosas se imponía, y decía bien. Cuando en el artículo 2527, se introducía un "de" que modificaba gramaticalmente el concepto, se padecía una inadvertencia, y nada más, desde que todas las demás disposiciones expresaban con firmeza el constante pensamiento de limitar la pesca a los cursos de agua navegables, es decir, de uso público.

Era ese el derecho universal, vigente en toda Europa, y era el que expresamente reproducía Freitas. Los ríos navegables, o flotables, — los que sirven para la comunicación por agua, — son los que permiten el acceso público a ellos. La propiedad privada lo impide en los demás. No existe motivo alguno para permitir su invasión, con las graves consecuencias del acceso de personas, carros, embarcaciones, so pretexto de pescar. Véase Demolombe, 10, números 140 a 142.

Art. 49. — Se reproducen, en párrafos separados del mismo artículo, los 2554 y 2555.

Art. 50. — Se modificará el artículo 2557, así:

Si el que hallase el tesoro fuese copropietario, hará suya la mitad de él, y la otra se repartirá entre él, y los demás copropietarios en proporción de sus partes en el condominio.

Se suprimen los artículos 2558 y 2559.

Art. 51. — Se reproduce el artículo 2560.

Art. 52. — Se reproduce el artículo 2561.

Art. 53. — Se reproduce el artículo 2562, al cual se pondrá como segundo párrafo el 2563.

Art. 54. — Se reproducen los artículos 2564 y en segundo párrafo el 2565.

Art. 55. — Se modifica el artículo 2566, así:

El tesoro hallado en un mueble se rige por las reglas de los artículos precedentes.

El descubierto en un inmueble hipotecado, o dado en

En cuanto a la limitación del poder de reglamentar la pesca, lo reservamos a la autoridad superior del Estado, nacional o provincial, según su respectiva jurisdicción. Hay inconveniente en permitirlo a los municipios. Véase la resolución del Consejo de Estado de Francia, en Demolombe, 10, número 140.

Art. 50. — Los artículos 2558 y 2559, son inútiles, desde que el artículo 2556 los comprende dentro de su regla general.

anticresis, o en un mueble dado en prenda, no está comprendido en el derecho del acreedor.

§ 2.

De la especificación y la adjunción

Art. 56. — Se sustituyen los artículos 2567, 2568, 2569 y 2570, por el siguiente:

Art. 55. — En cuanto a los tesoros ocultos en cosas muebles, Aubry y Rau, 2, § 201, y nota 28; Demolombe, 13, número 34; Zachariæ § 294, nota 7.

Art. 56. — El dominio es una relación que solo se concibe respecto de cosas dadas. Cuando la transformación las ha constituido en objetos nuevos, distintos, las cosas han dejado de ser lo que eran. El dominio se extingue. No puede hablarse de reivindicación porque se reivindicaría otra cosa.

De ahí las soluciones de los códigos modernos. Por lo menos es esa la razón que se invoca para no distinguir entre la transformación hecha de buena o de mala fe, por el Código alemán; (1) y aun en el Código suizo, — artículo 726, — la mala fe no autoriza la reivindicación: solo permite al

(1) Véase nota al artículo 2594; Marcadé, II, sobre el artículo 565, Endemann, II, 1, § 83. — Motive, III, página 357.

El que ha trabajado o transformado en un objeto nuevo la materia perteneciente a tercero, adquiere su propiedad,

Juez apartarse de la solución general, y atribuir el objeto al antiguo dueño de la materia prima. No está obligado a hacerlo.

Esos códigos, sin embargo, distinguen de casos según que el valor de la industria sea considerablemente mayor que el del material, — artículo 571, Código francés, 470, Código italiano, 726, Código suizo, 612, Código brasileño, — o a la inversa como el alemán, según que aquél sea notoriamente inferior. Pero siempre será exacto y unánime que el dominio no se resuelve por la subsistencia del anterior, sino por consideraciones de otra índole.

Nuestro código no atribuye efecto alguno a la distinta importancia de los valores respectivos. No se guía por el principio de lo principal y lo accesorio. Es más jurídico. Entre el material y el trabajo no hay razón para decidir. Haciéndolo en cualquier sentido solo se llega a pleitos arbitrarios. El que ha fundido un vaso de plata antiguo, y lo ha convertido en un objeto cualquiera, o el que ha construido un mueble indiferente o malo, con maderas valiosas, levanta una cuestión difícil de resolver, y dependiente de opiniones periciales que absorben el valor en beneficio de la curia. Por eso el Código alemán, con más acierto que los otros, creemos, fija la regla de la propiedad en el especificador, y la excepción en la notoria inferioridad del valor de la mano de obra. Para llegar a eso, más natural y ventajoso habría sido dejar firme la regla.

aunque fuese posible reducir el material a su forma anterior. El dueño de éste será indemnizado de su valor.

Pero, en cambio, nuestro código, da importancia a la buena o mala fe aunque no para decidir la cuestión de dominio, pues que los artículos 2568 y 2570, dan soluciones opuestas para el mismo caso de buena fe, según que pueda o no pueda volverse el material a su forma primitiva, y el 2569, reconoce el dominio aun en el especificador de mala fe.

Nos parece en presencia de la distancia enorme que separa las soluciones de los distintos códigos, en que no hay dos que coinciden, que las reminiscencias clásicas, más o menos alteradas por los precedentes doctrinarios o legislativos, han llevado a distinciones arbitrarias. La buena o mala fe, trae consecuencias de orden creditorio. No trae, o no debe traer, resoluciones de orden real. Una cosa es la responsabilidad, otra, el dominio. Y nos parece que así lo demuestra la nota al artículo 2594.

Creemos que debemos evitar las distinciones tan poco decisivas que no han obtenido el asentimiento general, en una materia que es un modelo de anarquía jurídica. Hay que adoptar reglas, que aunque pudieran ser discutidas bajo una u otra faz, parten de un principio firme y justo. Se ha creado un objeto nuevo. ¿De quién es? Del que lo creó, del que lo posee. Que indemnice lo que deba indemnizar: no se enriquezca con lo ajeno.

Decimos creación de un objeto nuevo, como el artículo 2567. Es esa circunstancia la decisiva. "No basta el simple cambio; por consiguiente, tampoco un trabajo en la super-

Art. 57. — Se reproduce el artículo 2594 en el que se sustituirán las palabras “una sola” por las siguientes: “partes constitutivas de una sola”.

En segundo párrafo se agregará: Si no se pudiera determinar cual de las cosas es la principal, los dueños res-

ficie externa”. Planck, sobre el § 950, Código alemán. La fusión del metal de un objeto que hace el ladrón o el ocultador, no es especificación: puede ser reivindicado, *ibidem*.

Art. 57. — El artículo 2594, dispone la adquisición de dominio en caso de unión, bajo el concepto de que se haya formado una sola cosa. Hemos precisado la noción según el § 947, Código alemán. Porque no basta que por la unión haya una sola cosa; el marco puesto a una tela, forma con ella un cuadro, y sin embargo no es parte constitutiva de él: nada se ha destruido separándolo. Cada dueño puede sin inconveniente recuperar lo suyo. No adheriríamos a la doctrina que recuerda la nota al artículo 2594, como de la ley de Partida, y por eso creemos más necesaria la corrección, según el Código alemán. Es una sutileza decir que una mano agregada a una estatua no constituye un cuerpo con ella porque está adherida por una soldadura de otra sustancia. Nunca habría estatuas antiguas de mármol en ese caso: con algo hay que efectuar la unión de los fragmentos. Se trata de ésta, y no de transformación por especificación: en ella las dos cosas guardan su individualidad, pero forman un todo, un conjunto.

pectivos serán condóminos proporcionalmente al valor de ellas en el momento de la unión.

Art. 58. — Si dos cosas muebles de distintas personas se mezclan o confunden, por un hecho casual o voluntario, se procederá como lo dice el artículo anterior, si las cosas fuesen inseparables.

Se consideran tales cuando la separación no pudiera hacerse sin gastos desproporcionados.

No dispone el artículo 2594, que se hará en el caso de no poderse determinar cual de las cosas es principal. El artículo 2600, solo se refiere a confusión casual.

Seguimos el principio de los artículos 572 y 573, Código francés, que aplica a dos casos particulares, y como él, el italiano. Ese principio es general en el § 947, Código alemán, y artículo 727, Código suizo, si bien invertido, pues es su regla para todos los casos, y excepción el de la atribución de dominio según el criterio de lo principal y accesorio.

No creemos plausible la disposición del artículo 2595, para constituir desvío de lo establecido en el artículo 2594. Si se trata de una “parte constitutiva de una sola cosa” el mayor o menor valor, no puede quitarle ese carácter, y autorizar la destrucción de un valor creado por la unión. Si no lo es, se vuelve a nuestra regla: puede cada dueño ejercer su derecho.

Art. 58. — § 948, Código alemán, y 727, Código suizo. El artículo 2597, es inútil, porque si hay transformación, es

Si la separación fuese posible, se hará a costa común si fué casual la confusión, o de su autor si fué voluntaria.

Se suprimen los artículos 2595, 2597, 2598, 2599 y 2600.

Art. 59. — Cuando de acuerdo con los artículos que preceden, la propiedad de una cosa se ha extinguido, también se extinguen los otros derechos reales que la afectan. Si se constituye un condominio, los derechos continúan en la parte indivisa. Si el dueño de la cosa adquiere el conjunto o la nueva especie, los derechos se extienden a esta, o al total.

Art. 60. — En sustitución del artículo 2596:

un caso de especificación, y por eso dice el 2599, “si no hubiese resultado nueva especie”.

El artículo 2599, a su vez, es un supuesto semejante al del 2594, y no parece ajustado establecer dos soluciones distintas. Entre mezcla, y unión de cosas, no hay diferencia jurídica, sino de hecho.

Tampoco hay motivo para distinguir entre mezcla, o confusión, casual o intencional. Las soluciones son determinadas por el hecho: si no es posible la separación, tanto da que haya sido la casualidad como el acto de tercero lo que la haya ocasionado: esto en cuanto al dominio.

Cuando hay razones de imputabilidad, los artículos siguientes dan la solución.

Art. 59. — § 949, Código alemán.

Art. 60. — Artículo 577, Código francés; § 951, Código alemán; artículos 726 y 727, Código suizo. Dernburg, Sa-

Todo el que por aplicación de las disposiciones de este § 2, experimenta una pérdida de su derecho, puede demandar al que beneficia de ella, una indemnización pecuniaria según las reglas del enriquecimiento sin causa, y, en su caso, sobre actos ilícitos. No puede pedir el restablecimiento de las cosas a su estado anterior. Tendrá el privilegio del artículo 3897 sobre el valor de la cosa.

Art. 61. — No se aplican las disposiciones que preceden al poseedor de buena fe que ha efectuado la especifi-

chenrecht, § 100, ha observado que el ladrón queda favorecido por la regla del Código alemán, pues, dice, no son esos sujetos, regularmente, solventes, de modo que queda poca esperanza al perjudicado. También ha notado que en caso de concurso no tiene privilegio que le permita separar la cosa de la masa común; y, por fin, que el tercero adquirente de la cosa especificada aunque sabiendo que originariamente fué robada no es considerado como ocultador del derecho criminal.

Por eso, establecemos el privilegio del depositante a favor de los perjudicados, lo que, naturalmente, no significa que hubo depósito sino que gozan del mismo privilegio. Y si la cosa pasa a poder de terceros sabedores del delito originario, y, por consecuencia, del crédito, procederá la acción pauliana, si concurren los elementos de ella, entre ellos, la insolvencia, de que habla Dernburg.

Art. 61. — Marcadé, II, sobre el artículo 565. Es la doctrina de todos los códigos, subentendida en la expresión

cación o la adjunción, sino cuando las cosas han sido robadas o perdidas.

§ 3.

De la adquisición de los productos de las cosas

Art. 62. — En sustitución del artículo 2522:

Los productos, y las partes constitutivas de una cosa

“cosas pertenecientes a otros”. Creemos que debe establecerse por disposición directa para evitar falsas interpretaciones de principios paralelos. Demolombe, 10, números 182 y 183; Laurent, 6, número 313.

Art. 62. — Artículos 2522; 2329, y su nota; argumento de los artículos 2429 y 2431, en cuanto a las partes constitutivas; 2866; 3231.

El artículo 2329, dice que los frutos, y las producciones orgánicas forman un todo con ellas. No son, pues, cosas individuales, es decir, cosas en sentido del artículo 2311. Su existencia como tales empieza con la separación: hasta entonces no puede iniciarse una relación jurídica distinta. El artículo 2522, habla de propiedad virtualmente comprendida en la del objeto productor de frutos o productos, lo que es un expediente verbal y nada más, para explicar una cosa exacta. El fruto, cuando por su separación llega a existir como objeto de un derecho, pertenece al propietario de la cosa generadora, por razón de esa propiedad. No es res

pertenecen al propietario de ella, aun después de su separación, salvo los derechos de tercero al goce de la cosa, y los de los poseedores de buena fe.

nullius. Es cosa de él: el parto es del dueño del animal materno.

Y esto, aunque la separación se haya efectuado en poder de otro. La percepción del fruto por el tercero no autorizado por derecho propio, no ha causado apropiación, ni alterado el derecho inicial del dueño de la cosa productora. La regla existe, pues, en favor de éste. Las excepciones son las que impiden la prolongación de su derecho. Por eso el § 953, Código alemán, dice, y dice bien, “aun después de la separación” lo que reproducimos en nuestro texto, porque enuncia enérgicamente el principio capital de esta materia. No quiere eso decir, que antes existía esa propiedad, ya que no hay dominios virtuales, sino dominio de cosas existentes. Quiere decir que aunque otro separe, el dominio es del propietario y no del aprehensor. Traduce mal la idea, la versión de ciertos traductores: “**continúa perteneciendo el producto...**” etc. El producto empieza a pertenecer desde la separación, y lo que continúa es el efecto del dominio de la cosa principal, por razón de ese dominio. El artículo 2864, obedece a este orden de ideas.

Art. 63. — El que en virtud de un derecho real está autorizado para apropiarse los productos y partes constitutivas de la cosa ajena, adquiere esa propiedad por la separación. Los frutos civiles le pertenecen aunque no los haya percibido, en cuanto correspondan al tiempo de existencia de su derecho.

Art. 63. — Artículos 2864, 2865 y 2866. Los productos que se llaman fructíferos, esto es, partes de las cosas que no se reproducen, pero que constituyen elementos de la explotación ya establecida del bien, caen dentro de la regla. Así en el usufructo de ganados, los cueros, y carnes, de las reses que se sacrifican, no son frutos, pero sí productos, o mejor, partes constitutivas como dice nuestro texto, que pertenecen al goce normal del usufructuario, el cual solo debe mantener el capital inicial del usufructo. (Artículos 2902 y 2873).

Las otras partes constitutivas pertenecen al propietario; no está autorizado el titular del derecho real para apropiárselas: artículo 2866.

Art. 64. — Los que poseen bienes inmuebles, a título de dueños, o de otro derecho real, sin tener derecho efectivo, de buena fe, hacen suyos los frutos naturales e industriales, desde su separación. No adquieren los civiles sino por la percepción efectiva, aunque correspondan al tiempo de su posesión. Les pertenecen además los productos separados por ellos de explotaciones existentes en el momento de empezar su posesión. Deben devolver al propietario, y, en su caso, al usufructuario, el importe percibido por los otros productos que hubieran realizado.

Los frutos pendientes pertenecen al dueño, o usufructuario, pero el poseedor de buena fe será indemnizado de todos los gastos hechos para producirlos, así como de los impuestos desembolsados por él que correspondiesen a la propiedad, en la parte y tiempo relativos a la preparación de los frutos pendientes.

Art. 65. — Todos los frutos y productos percibidos por el poseedor de mala fe, existentes o realizados, pertenecen al propietario, o, en su caso, al usufructuario, y serán restituidos, con deducción de los gastos de cultivo y percep-

Arts. 64 y 65. — Artículos 2425, 2426, 2429, 2431, 3426 y 3430. En cuanto al poseedor de mala fe, artículos 2437 y 2438.

Respecto de los productos de explotaciones existentes en el momento de iniciar la posesión: artículo 2866 y 2873, y sobre ellos Demolombe, 9, número 621; Aubry y Rau II, § 206.

ción, y los impuestos que puedan corresponder a esos productos según lo prevenido en el artículo anterior.

Debe el valor íntegro de las partes constitutivas del bien de que hubiera dispuesto, aunque no haya obtenido sino un precio inferior.

El heredero del poseedor de mala fe hace suyos los frutos y productos que ha percibido de buena fe.

Art. 66. — Los dos artículos precedentes se aplican al poseedor dueño efectivo del bien, o titular de otro derecho de uso y goce, que hubieran constituido derecho real a favor de tercero, de usar y gozar del bien.

Art. 67. — Cuando el propietario concede a otro el derecho de apropiarse los productos o las partes constitutivas de una cosa, éste adquiere su propiedad por la separación, si la posesión le ha sido cedida; en caso contrario, por la toma de posesión. Si el propietario está obligado a la en-

Art. 66. — Decimos que “hubieran constituido derecho real a favor de tercero”, porque si se tratara de derecho personal lo que corresponde es la acción de cumplimiento, con o sin indemnización de daño, la cual se rige por otros principios. § 955, Código alemán y, sobre él, Planck, número 1, A. El heredero del propietario, o usufructuario, y hasta del simple poseedor de mala fe — artículo 2432 — puede percibir de buena fe los frutos, y los hace suyos.

Art. 67. — § 956 y 957, Código alemán. Para el anticresis, artículos 3239, 3240, 3242, 3246 y 3257.

trega de ésta, no puede revocarla mientras la persona se encuentre en la posesión acordada.

Esta disposición se aplica a la concesión hecha por el que no es propietario, pero a quien pertenecen los productos y partes constitutivas de la cosa, después de la separación.

También se aplica cuando el que hace la concesión no tiene derecho para efectuarla, pero el adquirente lo es de buena fe, en el momento de la toma de posesión, y en el de la separación de los productos y demás partes constitutivas.

§ 4.

De la adquisición por tradición

Art. 68. — Se sustituyen los artículos 2601 y 2602, por el siguiente:

Nuestro artículo comprende todos los casos de desmonte y corta de bosques, demolición de edificios, locación, etc., cada uno de ellos, naturalmente, dentro de la medida del derecho que confiere la particular relación jurídica.

Art. 68. — Artículos 2601, 2387, — en cuanto al constituto posesorio a que se refiere el último período de nuestro texto, en contra, artículo 2378. Sin embargo, ese punto no ha presentado nunca dificultad, y menos en la teoría posesoria del *animus domini*. En derecho romano, Celso, es terminante (L. 18, 41, 2 Dig.) y su razón es decisiva: “por-

La tradición hecha por el propietario de una cosa mueble transfiere el dominio al adquirente cuando hay acuerdo entre ellos para transmitir la propiedad.

Si el adquirente está ya en posesión de la cosa la propiedad se trasmite por el acuerdo. Si el propietario posee

que no cambio para mí la causa de mi posesión, sino que dejo de poseer, y hago a otro poseedor por mi ministerio''.

Pero, es ese asunto fuera de discusión en el derecho moderno y lo hemos tratado en notas anteriores. Si cuando se tiene una cosa basta el convenio para que pase la posesión del propietario al tenedor, — artículo 2387 — si basta transferir los documentos que autorizan a retirar una cosa, warrants, conocimientos, depósitos bancarios de títulos, etc., para que las cosas sean poseídas y adquiridas, no se ve que motivo hay para que no se pueda dejar de ser poseedor como dueño, para pasar a serlo por cuenta de otro, o reconociéndole un derecho dado.

Se da como razón en las legislaciones que no admiten el constituto posesorio para las cosas muebles, el temor de que detrás de él se oculten prendas establecidas sin entrega, o enajenaciones simuladas para defraudar a la masa del concurso, bienes que se le sustraen, dicen los Motivos del Código alemán. "En tales casos falta la seriedad de la declaración de voluntad, y solo la dificultad de la prueba de esta falta puede ser alegada. Una dificultad del mismo género existe también en otros casos de simulación. Que en aquellos exista una necesidad especial de ex-

la cosa, la tradición se efectúa por el convenio de constituir al adquirente en poseedor mediato.

La cesión hecha por el propietario a favor del adquirente, de su acción para exigir la restitución de la cosa, equivale a la tradición.

— — — — —
cluirlos no es manifiesto. Una excepción especial para declarar ineficaz el constituto posesorio sería en el mayor número de los casos, en que está muy lejos de existir simulación, perjudicar el comercio. El Juez no tiene, según el § 194, 2, que exigir del que invoca el acto jurídico la prueba de su seriedad, sino del que afirma la simulación la prueba de la falta de realidad de la voluntad efectiva con la voluntad declarada... Siempre el Juez puede denegar el cambio posesorio afirmado cuando en vista de las pruebas existan fuertes dudas sobre la seriedad de las declaraciones de voluntad manifestadas''. Motive, III, página 335.

— — — — — Nuestro artículo acentúa la solución de que la tradición existe por la voluntad de enajenante y adquirente, es decir por su acuerdo en la enajenación misma, y con independencia de su razón jurídica causal. No es cierto que además de esa voluntad concertada, y realizada por la entrega, sea menester un título válido, o independiente. Hemos ya examinado el punto en una nota anterior. La voluntad de enajenar debe concurrir en la entrega. Es un elemento de ella. No se necesita título válido, y modo válido. Se necesita acuerdo en la trasmisión y nada más. La nulidad del contrato causal no influye en la validez de la trasmisión

Art. 69. — En sustitución del artículo 2603 y del 2413:
La tradición constituye en propietario al adquirente

del dominio mismo: no engendra acciones reipersecutorias — artículo 2413 — respecto de cosas muebles que es de lo que venimos hablando.

Véase, nota a nuestro proyectado artículo 16 del presente título. § § 929, 930 y 931, Código alemán.

Es perfectamente claro que el contrato causal sirve, en caso de duda, para calificar entre las partes si la entrega se ha efectuado en la inteligencia de transmitir el dominio. El que entrega cosas a su mandatario, a su locatario, a su acreedor, en garantía de la deuda, no enajena, porque no conviene en esa relación de derecho, sino en otra. Pero eso es entre partes. — Savigny, Obligations, II, § 78. — Dernburg, Sachenrecht, § 100.

Art. 69. — La disposición del actual artículo 2603, no era exacta, ni aun dentro del sistema general del código sobre adquisición del dominio por tradición, desde que las cosas muebles, seguían la regla opuesta del artículo 2412 y siguientes. La propiedad se adquiere aun a **non domino**. No rige respecto de esos bienes el principio de que no pueden transmitirse a otros mejores y más extensos derechos que los que se poseen.

Nuestro artículo no introduce principio nuevo en la legislación civil. Pero es más firme que el formulado por el artículo 2412. La posesión de buena fe importa más que presunción de propiedad cuando proviene de una tradición:

de buena fe, aun en el caso de que la cosa no perteneciera al tradente, salvo el caso de que fuera robada o perdida.

Los derechos reales que pudieran existir sobre ella, quedan extinguidos.

causa la adquisición misma y la extinción de todos los derechos reales, así como de las acciones reipersecutorias de toda suerte. El poseedor actual que no se ampara en su adquisición definitiva y libre de cargas, no dejaría solamente de ampararse en una presunción: abdicaría su dominio, y sus acreedores podrían deducir la acción revocatoria de ese acto.

Bajo otro aspecto, la presunción de propiedad existe por virtud de la posesión. **Possideo quia possideo.** Se usará de ella en el título de las acciones reales.

También nuestro proyectado texto es más extenso que el del artículo 2412; no es solamente la acción reivindicatoria la que no procede contra el poseedor. Los derechos de hipoteca — artículo 3160 — usufructo y uso, no pueden ejercerse contra el poseedor, dentro de la regla, esto es, de buena fe, y de cosa que no ha sido robada o perdida.

El presupuesto de la tradición es necesario para que la posesión importe propiedad. La aprehensión solo podría significar título, para cosas sin dueño, es decir, para casos limitados, pues las que son resultado del trabajo, y los frutos naturales de las cosas, no se presumen cosas sin dueño — artículo 2527. — Las pérdidas, están fuera del principio, y se presumen tales todas las que tienen “algún valor”: artículo 2530. La buena fe no puede, por consiguiente, re-

Las de resolución, nulidad, o rescisión a que se hallase sometido el tradente no pueden hacerse efectivas contra el poseedor actual.

sultar, en regla general, sino de una posesión derivada, o de un abandono expreso de su dueño, lo que ciertamente es una excepción insignificante. Véase Endemann, Sachenrecht, § 81, 2 b; Saleilles, Possession des meubles, número 32; § 929, Código alemán; artículo 714, Código suizo. Baudry et Tissier, Prescription, número 877.

Sobre la naturaleza jurídica de la situación del poseedor de buena fe, Laurent, 32, número 542, y siguientes; Folleville, Possession des meubles, número 73; Bufnoir, Propriété et contrat, página 351 y siguientes; Saleilles, Possession des meubles, número 13 y siguientes; Colín y Capitant, I, página 918; Baudry et Tissier, Prescription, número 833; Motive, III, página 341 y siguientes; § 932, Código alemán; artículo 714, Código suizo.

Cuando el adquirente de buena fe transmite la cosa a un tercero, no es necesaria en éste la buena fe: ha adquirido una propiedad real y efectiva, independiente de las condiciones exigidas para el caso de que el tradente no fuera dueño — Planck, sobre el § 932, Código alemán; Baudry et Tissier, número 876.

Excusado es decir que los derechos reales existentes solo se extinguen cuando la posesión transmitida se ha hecho en concepto de ser plena y libre. La prenda, por ejemplo, subsistiría en el caso del último período del artículo 68, desde que la cosa se halla en poder del acreedor prendario:

Art. 70. — La buena fe debe existir en el adquirente en el momento de la tradición. Queda excluida por el hecho de que la creencia en el derecho del enajenante sea imputable a negligencia o culpa del adquirente en no tomar las informaciones o precauciones ordinarias según las circunstancias.

Se agregará en segundo párrafo el artículo 2771.

Art. 71. — Se reproduce el artículo 2766, en el que se sustituirá “sustracción fraudulenta” por “sustracción violenta o clandestina”.

Art. 72. — Las acciones que derivan de las relaciones jurídicas entre tradente y adquirente pueden hacerse efectivas en la cosa mientras exista en poder de este último. También puede exigirse la restitución de quien esté obligado a ella en virtud de un acto lícito o ilícito.

(Se suprime el artículo 2414).

Art. 73. — En el caso del artículo 69 (proyectado) los terceros que intenten acciones reales contra el adquirente no pueden impugnar la validez del acuerdo entre el tra-

hemos ya establecido en el título de la posesión, que en la tradición por vía de cesión de los derechos del propietario, prevalece en caso de conflicto con tercero, el poseedor que tiene poder efectivo y actual sobre las cosas, lo que incluye a toda clase de poseedores, como el prendario, anticresista, usufructuario, etc.: artículo 75 y siguiente.

Art. 73. — Es condición constitutiva de la buena fe la convicción en el adquirente de que su derecho emana de

dente y él, sino cuando el vicio constituya un elemento que impida la buena fe.

quien lo tiene, y se lo ha trasmitido efectivamente. Pero solo quien trasmitió tiene título para objetar la tradición por cualquier razón de capacidad, libertad, reserva, condición, en una palabra, por cualquier motivo derivado de la relación jurídica que medie entre él y su sucesor. No es necesario título válido y modo válido, como causas independientes que deben existir por sí, para que un tercero respecto de quien el convenio es *res inter alios acta*, so pretexto de que la tradición es defectuosa por falta de título válido, impugne el efecto de la posesión misma de buena fe.

Pero también es claro que solo se trata de proteger al que ha creído adquirir verdaderamente, y no al que sabe que, — por ejemplo, — la tradición es fraudulenta, simulada, o de cualquier otra manera viciosa o inexistente. Lo que priva al tercero reivindicante de su dominio es la posesión de buena fe, y por consiguiente, puede impugnarla por falta de sus elementos constitutivos.

Salcilles, dedica la mayor parte de su *Possession des meubles*, a estudiar comparativamente las legislaciones francesa y alemana bajo el punto de vista que venimos examinando, y llega a las conclusiones de nuestro artículo: números 53, y siguientes; 119, 120, 125, etc.

Los escritores alemanes no se ocupan especialmente del punto, — en cuanto hemos podido notar — porque va presupuesto en las teorías generales sobre impugnación de los actos jurídicos, y sobre buena fe. Tal vez, haya exagera-

Art. 74. — En el caso del artículo 69, para que la propiedad se adquiriera es menester en el que tenía la posesión cuando el acuerdo con el tradente se produjo, que la cosa le haya sido entregada por el enajenante.

En el mismo caso, si la tradición se hubiera efectuado

ción en Saleilles. Pero ya que la observación se ha producido, nada cuesta resolver, con la doctrina general, que no se necesita título independiente y válido, además de la posesión, sino posesión honesta, convicción leal, de que se tiene por vía de una adquisición derivada de quien posee legítimamente. Véase Bufnoir, *Propriété et contrat*, páginas 353, 366; Laurent, 32, número 553; Folleville, *Possession des meubles*, número 33; Baudry y Tissier, número 877.

Art. 74. — § § 932, 933 y 934, Código alemán.

En el primer supuesto, si la cosa no fué entregada por el tradente no ha transmitido la propiedad, que no tiene, ni la posesión que no viene de él. No hay nada en que fundar el derecho del adquirente.

En el caso del constituto posesorio no existe la misma razón de decidir que cuando es efectuado por el propietario verdadero. Dejando la cosa del adquirente en poder del enajenante, hace un acto de confianza que no puede darle la misma causa de amparo que al que recibe efectivamente el objeto adquirido.

Ha permitido por su consentimiento que la cosa quedara en poder de quien estaba sometido a la reivindicación. — Motive, III, página 345.

por vía de constitución del tradente en poseedor inmediato, reconociendo al adquirente como poseedor mediano, no será este propietario, sino por la entrega efectiva de la cosa, si fuese de buena fe en el momento de esta entrega.

Cuando la tradición se efectúe por vía de cesión de los derechos para obtener la entrega de la cosa, si el cedente no fuese propietario en el caso del artículo 69, la propiedad se obtendrá solamente si el cedente fuese poseedor mediano, y si no lo fuese, solo cuando el adquirente hubiera obtenido del tercero la posesión de la cosa, debiendo existir la buena fe en el primer caso en el momento de la cesión, y en el segundo en el acto de la entrega.

Art. 75. — La tradición por cesión de los derechos del enajenante contra el tercero poseedor, no extingue los de-

La distinción que se proyecta respecto de la tradición por cesión, se funda, para el primer supuesto, en que el hecho de ser el tradente poseedor mediano da al adquirente el mismo motivo de creencia en la legitimidad de su adquisición, que en los casos generales. En cuanto al segundo si no hay entrega efectiva, no hay posesión puesto que ni la hay mediana en el cedente. Obtenida del tercero, se vuelve a la regla general. Véase Planck, sobre el § 934.

No debe olvidarse lo que hemos proyectado en el título de la posesión para el caso de conflicto entre el cesionario y un tercero a quien de buena fe se han entregado las cosas efectivamente.

Art. 75. — § 936, Código alemán.

rechos de este sobre la cosa, aunque el adquirente lo fuese de buena fe.

En los demás casos, los derechos de tercero se extinguen bajo las mismas condiciones que el de propiedad.

Art. 76. — En sustitución del artículo 2415:

Se exceptúan de las disposiciones de este párrafo 4º, las

Art. 76. — El artículo 2415, exceptúa las cosas muebles pertenecientes al Estado, de la regla general. Pero en tal extensión la disposición es inexacta. El Estado como persona del derecho privado no está, ni debe estar sometido a reglas particulares del dominio. Sus bienes privados están y deben estar sometidos al derecho común. Solo las cosas del dominio público, que no están en el comercio, se someten a las consecuencias naturales de esa situación. Las armas de guerra, los cuadros de los museos, los libros de las bibliotecas públicas, y otras cosas semejantes, son materia de esa excepción. (Véase Aubry y Rau, II, en el párrafo 183, número 3, citado en la nota al artículo; Baudry y Tisier, número 844).

Tampoco es exacto que “las cosas accesorias de un inmueble reivindicado” estén fuera del principio general. Las cosas a que se aplica ese concepto son de dos categorías: cosas afectadas a la explotación del inmueble mismo por su propietario en las condiciones establecidas en títulos anteriores; y cosas, como los frutos y productos, cuya restitución se demanda al reivindicar el inmueble.

A estas solamente se refieren Aubry y Rau, en el pasaje invocado por la nota, pues esos escritores remiten en la suya

cosas muebles del dominio público de la Nación y de las provincias.

Tampoco se aplican a las cosas cuya restitución se solicita como accesorias de un inmueble que es reivindicado.

a los párrafos en que tratan de la restitución de frutos y productos por el poseedor demandado.

En cuanto a las primeras son, a su vez, de dos categorías: o se reivindica el inmueble con las cosas inmovilizadas por la accesión, y entonces no se trata de reivindicación de cosas muebles; o se reivindican cosas que fueron accesorias del inmueble, y fueron separadas por el poseedor. Estas han recuperado su individualidad y están dentro de la regla común.

Pueden dar lugar a una acción de indemnización por enriquecimiento indebido pero no pueden ser reivindicadas de un poseedor de buena fe. La separación ha hecho cesar la accesión — artículo 3160; — Demolombe, 9, número 322; Aubry y Rau, II, § 164.

Lo único, pues, que queda fuera de la regla relativa a la posesión de cosas muebles, son los frutos y productos cuya restitución solicita el reivindicante, y las inmovilizadas por accesión las cuales quedan absorbidas por el inmueble: no tienen existencia jurídica independiente. Las separadas se rigen por las reglas comunes: artículo 3160. Laurent, 32, números 563|4; Baudry et Tissier, Prescription, número 846; Folleville, números 64|5.

Art. 77. — La tradición de cosas muebles a título de otros derechos que no sean de dominio, se regirán en cuanto a sus efectos por las disposiciones del presente § 4.

Art. 78. — Cuando en la transmisión de propiedad de un inmueble, se comprendan cosas muebles como accesorias de él, pero cuyo dominio no corresponda al enajenante, se aplicarán las disposiciones del presente párrafo.

§ 5.

De la propiedad de ganados y máquinas locomóviles *

Art. 77. — En cuanto a la prenda, artículos 2781 y 3213.

Sobre el usufructo, Bufnoir, *Propriété et contrat*, página 387; Baudry et Tissier, *Prescription*, número 867. Folle-ville, números 34|6.

Art. 78. — § 926, Código alemán.

* El código deja a los ganados dentro de la regla general de las cosas muebles, en que la posesión de buena fe constituye presunción de propiedad.

El derecho existente en la época en que se dictaba, colocaba esos objetos de comercio, en la condición de que su propiedad se establecía por el título de la marca o señal, o derivado de la transmisión hecha por quien lo tuviera, y constante por escrito visado por la autoridad local.

Las provincias han continuado legislando sobre propiedad de ganados, manera de transmitirlos, y prueba y efectos

de los actos de trasmisión. Sin embargo, dictado el Código Civil, — artículo 108, — todas aquellas disposiciones locales habían desaparecido puesto que se trata de bienes patrimoniales sobre los cuales el código no solamente constituye la ley privativa, sino que también derogaba las provinciales por el hecho de disponer de otra manera, sobre el dominio y su trasmisión .

Las necesidades de seguridad y protección de una propiedad tan importante, y extendida en el país, hizo que por un expediente se salvó el grave error cometido por el Código Civil. Se continuó legislando por los llamados códigos rurales de las provincias, y hasta de la Nación para los Territorios federales, sobre el valor de los actos de adquisición, y la prueba del dominio, y so color de medidas policiales, se exigieron guías para trasladar los ganados, beneficiarlos, y demostrar el derecho de los que se consideraban autorizados para invocarlo.

Es indudable que las provincias no tienen poder constitucional para legislar sobre la condición jurídica patrimonial de los ganados, ni para declarar cuando y como se adquieren y transmiten esos bienes. Por un error evidente se atribuyen poderes de legislación que no les competen.

Planteada ante la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires esa cuestión uno de sus magistrados consultó el punto con el autor de esta nota. Era imposible sacrificar los altos intereses comprometidos por el Código Civil que deja el punto sometido a las presunciones del artículo 2412.

Pero, apoyándonos en él, creímos que podía ampararse la propiedad en la circunstancia de que las provincias pueden dictar leyes policiales, y que la buena fe de que habla el código, no se concibe sino, como ahora lo hemos proyectado en el § anterior, allí donde se ha procurado obtener toda la información natural requerida por las circunstancias, para acreditar el derecho del enajenante en caso de transmisión. Desde que las leyes provinciales dan valor a las marcas, a los certificados de venta visados, para obtener las llamadas guías, podía admitirse que era grave imprudencia en el adquirente prescindir de la documentación usual. Esa imprudencia excluye la buena fe. Las leyes provinciales valían por lo que pudieran valer, pero eran, y son, el hecho existente. Prescindiendo de las notorias observaciones a que da lugar el que una ley policial prescinda de las condiciones de la propiedad fundada y demostrada por otros medios que el del título, o marca, esto es, por la posesión, y la contradiga, siempre es lo exacto que no podría existir buena fe en la realidad objetiva, en la mayoría de los casos.

Era un expediente, el sugerido. Pero, al fin, un expediente legal y plausible. La doctrina fué adoptada por aquel alto Tribunal.

Pero ha llegado el momento de abandonar los medios ocasionales, y de regularizar la situación. Si la buena fe ha de fundarse en título, el Código Civil, es el que debe establecerlo. Las leyes policiales no tienen la función de fundar y declarar derechos. Tienen, solamente, la de ampararlos. Las provincias conservan su jurisdicción para aplicar las leyes que el Congreso dicte sobre propiedad; y nada más.

No salvan, interpretan, o corrigen las disposiciones y los vacíos, del Código Civil: artículos 67, inciso 11 y 108, Constitución Nacional.

Desde los orígenes de la colonización de nuestro país, los ganados están sometidos al régimen de la transmisión por título demostrado o fundado en la marca.

Es el instinto de las necesidades causadas por la cantidad de reses en los ganados, la que ha impuesto la marca como única solución, es decir, la identificación colectiva, y no la individual. Las legislaciones europeas no parten del mismo principio. La pequeña cantidad de los animales permite individualizarlos, como ocurre entre nosotros, con los de raza, o pedigree.

Se impone regularizar legislativamente el derecho que diremos consuetudinario. En los Estados Unidos, en que algunos de los particulares, — California, Tejas, Wyoming, Colorado, Arizona, Utah, New México, etc., — han practicado la cría en vasta escala, el mismo régimen de la marca existe, y la propiedad y transmisión de los ganados, se acredita por el título constituido o fundado en ella. Legislativamente no está esa clase de bienes dentro del régimen general de las cosas muebles. Hemos utilizado en nuestros proyectados artículos, no solamente las leyes de esos Estados, sino también las de nuestras provincias, que al fin salen de un tronco común, esto es el de la legislación española, pues en California, Tejas, Colorado, Nueva México, etc., tiene ese origen la legislación vigente y bien se advierte a la primer ojeada.

Pero, ya se comprende que el problema legislativo es mucho más extenso que el que nuestros artículos proyectados procuran resolver. Es también el del Registro, de la marcación, señal, tráfico, vigilancia y defensa contra las epizootias, asuntos que exceden a los propios de un Código Civil. El Congreso tiene autoridad para dictar una ley general sobre ganados y su comercio: artículos 67, inciso 11 y 12, Constitución Nacional. En los Estados Unidos, en que sin embargo, cada estado legisla sobre los códigos generales, el Congreso ha dictado leyes regulando el comercio y tráfico de ganados entre los distintos estados.

Debemos desear que este asunto sea materia, algún día, de la legislación nacional. No se conciben marcas provinciales, como no se conciben propiedades locales. Las garantías no pueden detenerse en los límites de cada distrito del país. Así se ha entendido en cuanto a las marcas de comercio, e industriales.

Por eso no entramos en ciertas cuestiones. Por ejemplo, sobre la obligación de marcar los ganados, como en algunos estados de la Unión, y ciertos decretos en nuestro país lo establecen.

Declaramos, sin embargo, que nuestras disposiciones prácticamente llevan a esa solución pues hemos adoptado el sistema que el Código alemán ha establecido para la inscripción de inmuebles. Es libre, pero el propietario se ve interesado en efectuarla si quiere realizar ciertas operaciones.

No es solamente sobre los ganados que establecemos la excepción del régimen general para las cosas muebles. La

proyectamos también para las máquinas locomóviles. La ley de prenda agraria ha organizado el Registro de los contratos que se refieren a "máquinas, aperos, e instrumentos de labranza" (artículo 2º, a) lo que es ya crear una por demás extensa excepción a la regla capital del dominio de las cosas muebles. Pero dejando para otra oportunidad el examen de ese punto, agregaremos que Francia, el país cuya legislación reposa en el principio "en fait de meubles possession vaut titre" se ha apartado de él en la ley de 31 de Mayo de 1924, sobre navegación aérea. "Todos los aparatos capaces de elevarse o circular en el aire" (artículo 1º) deben ser matriculados en un Registro; "la cesión de propiedad debe constar por escrito, y no produce efecto respecto de terceros sino por la inscripción en el registro de matrícula" (artículo 12) "La inscripción en el registro vale por título" (artículo 11) (a).

El Código Civil no puede extenderse a otros asuntos que excedan el determinar los derechos privados, y la extensión y condiciones de su ejercicio. Otras leyes deben considerar las exigencias de la seguridad nacional, tráfico e introducción de máquinas, o aparatos, etc.

Por esa razón no consideramos conveniente extender la excepción al principio fundamental, más allá de lo que está

(a) Sobre los puntos principales de esa ley, entre ellos, porqué dice "aparatos capaces de elevarse", véase la discusión del proyecto en el Bulletin de la société d'études législatives, 1922.

Art. 79. — La marca o señal prueba la propiedad del ganado mayor o menor que la lleva, a favor de los que las tenían registradas a su nombre.

justificado, por razón del principio mismo. Los aparatos que no son máquinas, y entre estas las que no son locomóviles, por fuerza propia, o por fuerza exterior, no están comprendidos en nuestro texto, porque ninguna razón existe para exigir que el título en ellas, se funde en una inscripción de matrícula o transmisión. Por su empleo económico son sedentarios: la posesión protege perfectamente la propiedad. Nadie puede burlar la vigilancia, sino por robo o por abuso de confianza. Se vuelve así a las reglas generales. Apartarse de ellas, es imponer restricciones — que ordinariamente se traducen en gastos e impuestos, — sin motivo que las justifique.

No es lo mismo, respecto de aeroplanos, automóviles, motores locomóviles, trilladoras, y objetos semejantes, existentes en poder de personas que generalmente no son los dueños, valiosos, que están fuera de la vigilancia doméstica del propietario. La posesión no es garantía, ni protección, suficiente. Están en la misma situación que los buques. La legislación debe someterlos a un régimen análogo.

Y si se considera que la impositiva ha exigido para su circulación ciertas condiciones, se advertirá que no se creará molestia o diligencia nueva, transformando en inscripción con efecto civil, la exigida con fines fiscales.

Art. 79. — No resulta de nuestro texto que la marca o señal, sean la única prueba de la existencia del dominio en los ganados

Art. 80. — La transmisión del dominio de los ganados convenida entre el enajenante y el adquirente se realiza por

De los artículos 2329 y 2522, en su texto vigente, y de los que hemos proyectado sobre adquisición de frutos y productos, resulta que el dominio sobre los frutos naturales de las cosas animadas o inanimadas, — artículo 2318 — existe por razón de la propiedad de ellas (artículo 16, Código Rural de Buenos Aires).

Tampoco resulta de nuestro texto que haya de marcarse o señalarse, necesariamente, y que no se reconozca la propiedad sobre los animales no marcados.

Los propietarios, al revés de lo que algún decreto del Gobierno de Buenos Aires, no fundado en ley, dispone — artículo 1º del Reglamento de Marcas y señales, de 12 Diciembre 1918, — no están obligados a marcar el ganado mayor, aunque, — artículo 66 del citado código, — sí lo están a señalar el menor. (Véase artículos 23 y 16). En Entre Ríos, — artículo 265, Código Rural — marca y señal, son obligatorias para el ganado mayor o el menor. En Santa Fe y Córdoba las disposiciones son iguales a las de Buenos Aires

Sin embargo, se obliga indirectamente a la marca impidiendo la transmisión de animales no marcados.

En la mayor parte de los estados de la Unión americana, la marca es facultativa. En Wyoming es obligatoria (artículo 76, ley de 1919), y lo mismo en New México (artículo 64, ley de 1897) y Utah (artículo 183, ley de 1919).

En California, se declara expresamente, — artículo 6, ley de 1917, — que “los animales de sangre pura, registra-

la inscripción del acuerdo en el Registro. La ley no reconoce otra manera de transmisión por actos entre vivos, sin perjuicio de lo dispuesto sobre ejecución de sentencias.

dos o que pueden ser identificados como aptos para el registro" quedan exceptuados de las disposiciones de esa ley. Por consiguiente, de las que rigen la prueba del dominio y transmisión de él.

Es lo que ocurre entre nosotros. Los animales de pedigree, y en general los llamados de raza, no obstante decretos y leyes, no se marcan y a veces, hasta no se señalan. Y las personas más entendidas en estas materias son hostiles a toda modificación legal de este hecho tolerado y general. El artículo 170, Código Rural de Santa Fe, lo autoriza expresamente.

Este lamentable desacuerdo de leyes y costumbres, demuestra un estado de abandono en el estudio de cuestiones tan importantes para la mayor industria del país, y nos aconseja, mientras no se remedia por una ley general nacional, no introducir en el código reglas de difícil cumplimiento.

Pero tampoco puede dejarse continuar el estado actual sobre dominio y transmisión. La marca es, para algunas provincias, exclusiva para el ganado mayor como prueba de la propiedad, y la señal para el menor. En algunas pueden coexistir, pero la marca es siempre decisiva para la prueba de la propiedad.

Sin embargo, el ganado mayor de raza, no se marca, pero se señala, tatúa o de otros modos se identifica. Damos en el texto, a las palabras marca, o señal, las acepciones

generales que tienen en el idioma, y no la restringida que les da el uso. El tatuaje es, por ejemplo, marca, y señal.

Con esto entendemos manifestar que el propietario elegirá la manera de identificar que mejor convenga a su interés. No puede una ley autorizar un signo para los ganados comunes y otro para los de raza, porque esa distinción presupone reglamentación legal de la diferenciación, y entre nosotros el pedigree y su registro están abandonados a las sociedades particulares.

La inscripción, en todo caso, es la condición fundamental de nuestro proyecto. ¿Se adopta marca?: se adquiere como las leyes locales lo autorizan, y bajo sus condiciones se efectúa la marcación, o señal en su caso. Para el Código Civil, lo esencial es la inscripción.

¿Se adopta cualquier otro signo, o no se adopta ninguno? También aquí lo que importa es la inscripción del signo, o de los animales declarados con las indicaciones necesarias para su identificación.

Y para llegar a esa inscripción, y concluir con el abandono actual, y la violación de las leyes locales vigentes, so color de ser de raza los animales, a punto de que criadores muy calificados nos han referido que ellos nunca señalan ni inscriben, disponemos que la transmisión de dominio se efectúa por la inscripción, entre partes y respecto de terceros, esto es, sin hacer distinciones. La ley, dice nuestro artículo, no reconoce otra manera de transmisión. Los propietarios se verán así inducidos a realizar las inscripciones necesarias, so pena de no poder obtener guías, o vender, o si

Art. 81. -- La marca y la señal debidamente registradas constituyen bienes exclusivos de las personas a quienes se hubieran concedido. Pueden transmitirlos, pero no pueden ser embargados, ni ejecutados por acción de los acreedores.

Art. 82. — Cuando se solicite la inscripción en el Registro de un acuerdo de transmisión, se verificará e inscribirá el título del enajenante, si no estuviera ya inscrito.

se trata de los adquirentes, a no poder transportar, o sacrificar los ganados. Las leyes locales dictarán los reglamentos necesarios para que el Registro se haga en las condiciones que este código dispone.

Art. 81. — El derecho a la marca o señal, constituye en nuestro país, y en los Estados Unidos, un derecho patrimonial exclusivo cuando se ha obtenido regularmente. Puede ser enajenado y transmitido por actos entre vivos y por causa de muerte. Pero parece excusado demostrar que no pueda ser objeto de enajenación forzosa por acción de los acreedores, desde que con ese derecho iría envuelto el de dominio sobre los ganados marcados, los cuales deben ser objeto directo de la acción misma, sin comprender el derecho a la marca.

Art. 82. — La inscripción del título del enajenante es la regla general para toda clase de inscripciones, y es uno de los medios adoptados para justificar el valor jurídico de las transmisiones.

La inscripción equivale a título efectivo. Le es aplicable lo dispuesto por el artículo 17.

Art. 83. — Cuando la señal o marca consistiese en tatuaje u otro medio especial no reglamentado por la ley, se anotará en el Registro la declaración previa del propietario de que ella constituirá su manera de identificar los animales de la especie que determinará en la exposición firmada que se archivará en el Registro.

Art. 84. — La transmisión de la propiedad de toda clase de máquinas locomóviles se efectuará de la manera establecida en las disposiciones de este párrafo.

Art. 85. — Las leyes locales determinarán, las condiciones de la concesión de marcas y señales, y su empleo. Los Registros quedarán sometidos a su reglamentación y bajo la dirección y vigilancia de las autoridades que esas leyes determinen.

En cuanto al valor de la inscripción seguimos para las cosas muebles el principio de la ya citada ley francesa sobre aeronavegación: artículo 11. Es constitutiva de la transmisión misma: artículo 12. Nuestra redacción que reproduce los términos de la que proyectamos para los inmuebles, tiene el alcance explicado en la nota respectiva.

Arts. 84 y 85. — Mientras no se dicta una ley general, para las transmisiones de propiedad de ganados y sobre circulación y transmisión de vehículos y otras maquinarias locomóviles, es forzoso aceptar la situación actual, de las leyes provinciales. Muy grave es, pero no susceptible de ser corre-

TITULO V

De las restricciones y límites del dominio

Art. 1. — Se reproduce el artículo 2611.

Se suprimen los artículos 2612, 2613, 2614 y 2617.

Art. 2. — Se reproduce el artículo 2615.

gida en un Código Civil, por el carácter en cierta manera reglamentario de cualquier ley que la naturaleza del asunto impone. Baste decir, que las marcas otorgadas libremente por cada provincia, permiten muy frecuentes actos de despojo de la propiedad ganadera. Con obtener la misma marca en otro distrito se pueden ejecutar impunemente. Agréguese que los embarquès por ferro-carril, y los fluviales, dan grave actualidad a ese asunto, y según lo hemos aconsejado en otras oportunidades, imponen el estudio de un sistema nacional de marcas, y su aplicación, quedando, naturalmente, a las provincias su jurisdicción sobre los Registros, y el poder reglamentario para establecer las condiciones de ejecución del sistema general.

La ley de prenda agraria no se ajusta al sistema del artículo que proyectamos, pues llega hasta someter los Registros a la jurisdicción nacional, no obstante lo establecido por el artículo 67, inciso 11, de la Constitución. La prenda es un acto jurídico, y la ley que la regula es complementaria y modificativa del Código Comercial.

Art. 1. — Las supresiones obedecen al traslado al título anterior de las disposiciones citadas.

Art. 3. — Se reproduce el artículo 2616, al cual se agregará el siguiente párrafo separado:

En caso de que haya peligro de perjuicio para la propiedad vecina, su dueño podrá exigir las medidas de seguridad necesarias.

Art. 4. — Se modifica el artículo 2618, así:

El ruido u otras molestias causados por un establecimiento industrial, o por los ocupantes de una propiedad, deben ser considerados como que atacan el derecho de los vecinos, — y lo demás que sigue en el artículo, como está.

Art. 3. — Sobre el agregado: Demolombe, 12, número 662, que demuestra el error contenido en el artículo 1132 y su nota con argumentos definitivos. Esta disposición no armoniza con la del 2615, puesto que por éste el propietario vecino está autorizado para impedir los trabajos, sin esperar a que el daño se haya efectuado. — Sobre el mismo, § 908, Código alemán. — No puede depender de la autoridad administrativa, más o menos activa, el derecho del vecino para impedir el peligro inminente, que no solamente le amenaza, sino que también le perjudica actualmente por el hecho de sus locatarios que abandonan el bien ante la amenaza de un derrumbe, por ejemplo.

Art. 4. — No es solamente el ruido lo que causa molestias intolerables. Lo es el humo, los malos olores, las trepidaciones, etc., de la propiedad vecina. Y no solamente causados por un establecimiento industrial. Puede serlo por el ejercicio de una profesión de otra índole, y hasta por las

Art. 5. — Se reproduce el artículo 2620.

Art. 6. — Se modifica el artículo 2621, sustituyendo las palabras “pozos, cloacas, letrinas, acueductos”, por las siguientes: obras, o efectuar trabajos, que causen humedad y lo demás como está en el artículo.

Se agregará en párrafo separado:

Si a pesar de haberse observado los reglamentos, fuesen los trabajos nocivos para el vecino, podrá éste exigir su demolición, y la indemnización que proceda.

Art. 7. — Se reproducen los artículos 2622, 2623 y 2624, que constituirán párrafos separados de un mismo artículo.

Art. 8. — Se reproduce el artículo 2619.

Se suprime el artículo 2625.

inmorales, y toleradas. Es, por consiguiente, el texto actual impropriamente restringido, como puede verse en los escritores que la nota cita, y en el § 906, Código alemán. — Demolombe, 12, número 651 y siguientes; Laurent, 6, números 143 a 155; Appert, Des droits du propriétaire vis-a-vis de ses voisins, Rev. Trimestrielle, 1906, página 71 — Aubry y Rau, II, § 194.

Art. 6. — Sobre el agregado, Demolombe, 11, número 524; Aubry y Rau, II, § 198; Laurent, 8, número 31.

Art. 8. — Se suprime el artículo 2625, porque está comprendido en el proyectado artículo 4º de que es aplicación.

Art. 9. — Se sustituye el artículo 2626, por el siguiente:

El propietario de una heredad contigua a un muro no medianero, no puede apoyar en él obras o construcciones, ni usarlo de manera alguna.

Art. 10. — Se reproducen los artículos: 2627, 2628, 2629, 2630 y 2631, agregándole al primero: “Toda oposición será resuelta por el Juez sumariante”. Y se intercalará después de “del vecino” lo siguiente: “o pasar obreros, o materiales” lo demás como está.

Se suprimen los artículos 2632, 2633 y 2634.

Art. 11. — Se rectificará el artículo 2635, sustituyendo

Art. 9. — La disposición que proyectamos es exactamente opuesta a la del actual artículo 2626. Véase Demolombe, 11, números 421 y 517.

El muro no medianero es propiedad exclusiva de su dueño, y solo él puede utilizarlo. No tiene el vecino derecho para reconstruir y hacer más resistente la pared que no es suya. La adquisición de la medianería es materia regida por otras disposiciones. Los artículos 2622 y 2623, obedecen a la regla que proyectamos, y los 2728, 2730[1 y 2736 la presuponon necesariamente.

Art. 10. — La supresión de los artículos 2632 a 2634, es determinada por ser la simple repetición o aplicación de los artículos 2647, 2648, 2649, 2651 y 2653.

Art. 11. — El artículo 2635 literalmente tomado del 4270 de Freitas, contiene un error de imprenta, dice: “sin”

“sin detrimento”, por “en detrimento”; lo demás como está.

Se pondrá como segundo párrafo del mismo el artículo 2636.

Art. 12. — Se sustituye el artículo 2637, por el siguiente:

Las aguas que surgen en los terrenos de particulares

detrimento, cuando el original reza “en” detrimento. Es la doctrina unánime de los escritores franceses de quienes lo tomó Freitas. Tal como está es incompatible con las soluciones de los artículos 2636 y 2637. Las aguas pluviales son **res nullius** que pertenecen al primer ocupante. Los propietarios de fundos inferiores no tienen derecho derivado del hecho de correr por ellos. Véase Zachariæ, II, § 318, nota 2, que aplica a las aguas pluviales la disposición establecida por el artículo 641 Código francés (ahora modificado por ley de 1898) para las aguas de fuentes — nuestro artículo 2637. — Demolombe, II, números 51, 66, 73, 105 y siguientes. No puede fundarse usucapión en el hecho de correr las aguas a los terrenos inferiores: artículo 2637, y los escritores citados. Aubry y Rau, III, § § 244|5; Laurent, 7, números 199, 224 y 228.

Art. 12. — El artículo 2637, constituye una grave y peligrosa inadvertencia del código. Influido por las redacciones de los artículos 4259|61 de Freitas, alteró la redacción del artículo 643, Código francés (antigua) con grave daño de los intereses públicos. No es la doctrina que contiene la de los escritores que se citan en la nota, pues el Código francés disponía que cuando los **cursos** de agua alimenta-

pertenecen a sus dueños, y pueden usar libremente de ellas, y cambiar su dirección natural. El hecho de correr por los terrenos inferiores no da a los dueños de estos derecho alguno.

Cuando constituyen cursos de agua por cauces naturales, pertenecen al dominio público y no pueden ser alterados.

ban poblaciones el propietario de la fuente no podía privarles de ella alterando ese curso.

Pero no es esa, — y esto es lo grave — la doctrina de nuestro código.

Si la fuente alimenta ríos, y es necesaria para las poblaciones, una de dos, o ya, actualmente, en el momento de alterar su curso natural, ellas usan de las aguas o solo después serían necesarias.

Desalojemos esta última hipótesis. Si algún día la fuente que **no constituye** curso de agua, que — artículo 2350, — nace y muere dentro la misma propiedad, único caso en que puede constituir dominio privado, se hace necesaria para la población, se tratará entonces de un caso de utilidad pública que autorizará la expropiación. Es el caso normal de todo bien privado, y no necesita de prescripción especial. El del artículo 643, Código francés es otro distinto cuando habla de “indemnización”, como resultará de esta nota.

Separado ese caso normal, volvemos a los dos que nos quedan en nuestro artículo. La fuente alimenta ríos, alimenta poblaciones. Pero entonces constituye un curso de agua, como lo decían el Código francés y sus intérpretes. Porque ¿cómo puede ser el “**principal alimento**” de un río, sino consi-

Art. 13. — Se reproduce el artículo 2647, al cual se agregará en segundo párrafo, el 2638 modificado, así:

No pueden ser empleadas en un uso que las haga perjudiciales a las heredades inferiores. El propietario superior no puede hacer acto alguno que agrave la sujeción del fundo inferior.

tituye un curso permanente? Se secaría el río, en caso contrario, y solo se califican de ríos, a los cursos estables de agua. La fuente principal del río, es parte, y parte esencial, del río.

Y si alimenta a una población, es claro que esta se halla fuera de la propiedad, y que la vertiente no nace y muere dentro de la misma. Es un curso de agua, pues si se derrama sin cauce constituye un agua impropia para esa alimentación.

Pero, entonces, en los dos casos, no hay propiedad privada, y mucho menos propiedad que haya que expropiar, para impedir que un particular interrumpa el curso de las aguas. Si ese curso no es natural, sino artificial, es evidente que pudo ser constituido en virtud de título, por usucapión, o de alguna manera que lo autorizara.

Ahora bien, y volviendo a los casos naturales de nuestro artículo: Son bienes del dominio público los ríos y sus cauces, y todas las aguas que corren por cauces naturales, artículo 2340, 3º.

Lo que en Freitas, que hablaba de ríos navegables (artículo 4261) era comprensible, desde que solo ellos constituyen bienes del dominio público, en su proyecto; en este y

Art. 14. — Se reproduce el artículo 2648, modificado, así:

1º En vez de “lo dispuesto en el artículo anterior”, poner “lo dispuesto en el primer párrafo del artículo anterior;

2º Suprimir las palabras finales: “salvo cuando fuesen mezcladas con el agua de lluvia”.

Art. 15. — Se reproduce el artículo 2649.

el Código francés porque en los cursos de agua no navegables, cabe la utilización privada de los arroyos, es necesario se hable de indemnizaciones, aunque es mucho más razonable el último que no permite la interrupción del curso, y que solo autoriza un derecho a recompensa.

En nuestro código, nada hay que permitir, ni que indemnizar. Cualquier agua, hasta la intermitente, si corre por cauce natural, pertenece al dominio público, y los particulares ni pueden alterar su curso, ni tienen propiedad de aguas que no mueren dentro de su heredad.

Hasta el Código francés, cuyo sistema general es distinto, ha reformado sus disposiciones por la ley de 8 de Abril de 1898. “Si desde la salida del fundo en que surgen, dice, las aguas de la fuente forman un curso de agua con el carácter de aguas públicas y corrientes, **no puede** el propietario desviarlas en perjuicio de los usuarios inferiores”; ¡ya no se habla de indemnización!

Art. 14. — Las palabras suprimidas son tomadas del artículo 4253, 3º, de Freitas. Ninguno de los escritores cita-

Art. 16. — Se suprime el artículo 2650.

Art. 17. — Se reproduce el artículo 2651.

Art. 18. — Se reproduce el artículo 2652.

Se suprime el artículo 2653.

Art. 19. — Se reproduce el artículo 2639, modificado, así:

Se suprimirá “o con canales” y “o del canal”. Se agregará “o lagos”.

Lo demás como está, corrigiendo “a la comunicación por agua”, por: “para la comunicación”, etc.

dos en la nota, las trae, y se comprende, desde que solo está obligado el propietario del fundo inferior a recibir las aguas naturales, y no las inmundas y perjudiciales para la agricultura, so pretexto de que se mezclaron con las de lluvia. Se comprenden los abusos que de esa autorización derivarían. No condice, además, con la disposición del artículo 2633.

Art. 16. — Véase el título sobre servidumbres en particular.

Art. 18. — Se suprime el artículo 2653, en virtud de la redacción del proyectado artículo 13.

Arts. 18 y 19. — La redacción actual agrava la ya grave modificación que el Código Civil introdujo en el derecho existente.

La propiedad se constituyó en nuestro país, por enajenación de la Corona, y sometida a la legislación de Partidas.

Art. 20. — Se reproduce el artículo 2640, suprimiendo las palabras “o canal”, y sustituyendo “modificar”, por “reducir”.

Los propietarios “de las heredades a que están ayuntadas las riberas de los ríos” lo son de ellas “quanto al señorío”, pero “con todo esso todo ome puede usar dellas, ligando a los árboles que están y sus navíos, e adovando sus naues + sus velas en ellas e poniendo y sus mercaderías” — L. 6, 28. Partida 3ª. La ley 8 siguiente prohíbe hacer construcciones “en los ríos, por los quales los omes andan con sus nauíos, nin en las riberas dellos”.

No iba más allá la prohibición de la ribera, que es parte del álveo, pero aparece de las leyes 6 y 7, que le daban un sentido más extenso, desde que hablan de “árboles que están en las riberas”; por consiguiente en las márgenes.

No determinaban las leyes en que extensión se entendía establecer el permiso de uso, y la prohibición de construcción. No existe ningún antecedente legal que la fijara. El código lo precisó en 35 metros, esto es, en las 40 varas, que un decreto del gobierno de Buenos Aires, de 1823, estableció para las márgenes del Riachuelo, en esta ciudad. Parecería, según puede sospecharse, que era tradicional.

En todo caso, existiendo la sujeción, desde el origen de la propiedad, la ley puede limitarla determinando su extensión. Es interpretativa, y no violatoria de la propiedad, como lo ha creído un escritor.

Ciertamente es excesiva si se compara con la interpretación que han dado a lo que llaman servidumbre legal, las

leyes del mismo origen que la nuestra. Tres metros para la comunicación, artículo 533, Código español y para camino de sirga, un metro, si se destina a peatones, y dos, si a caballerías: artículos 122 ley española de aguas, y 123 de la peruana. Tres metros, Código de Cuba, artículo 553, Panamá, artículo 535, y el Uruguay, artículo 323, Código Rural, además del camino de sirga, en extensión no determinada. El último, artículo 394, número 4, dispone que para las costas del mar, y ríos de la Plata, Uruguay y Yaguarón, se dejará libre de edificios una vía de seis metros. Otras, como Chile, artículo 553, Código Civil, Colombia, artículos 897|8, Venezuela, 638, México, artículo 966, la dejan sin determinación pero la establecen únicamente para la navegación y transporte fluvial.

Nuestro código no solamente ha fijado una extensión que ninguna legislación europea, ni americana, admite, sino que todavía ha declarado que no se trata, como en las leyes de Partida (1) de un uso y paso limitados a la navegación, y lo ha constituido en un camino público.

Está desde hace tanto tiempo en vigencia ese régimen, que nos ha parecido inoportuno proyectar una disposición más moderada. Pero, hecha esa concesión, no podemos admitir que los canales se rijan por el mismo precepto.

(1) Y en todos los códigos modernos que establecen el camino de sirga; no es vía pública; Demolombe, 12, número 607.

Art. 21. — Se reproduce el artículo 2641, agregando después de la palabra “navegables”, las siguientes: “o flotables”.

Se entiende por canal un curso de agua de creación artificial. No existe, en tal caso, río alguno con que colinda la heredad particular, y que la haya sometido a sujeción a la época de la constitución del dominio. Cuando se trata de un río canalizado para hacerlo navegable o flotable, o como dice nuestro artículo, para que “sirva a la comunicación por agua”, muchas legislaciones declaran que no puede establecerse la afectación, sin indemnizar a los ribereños: por ejemplo, la ley española de aguas, artículo 114.

El canal es una obra pública que no puede excavar-se sin expropiación previa. La propiedad está libre de carga desde que no existía río. Si abierta una vía de comunicación fluvial, es necesario un camino de acceso este forma parte de la obra emprendida.

Y si lo que se canaliza es un río existente, la obra transforma ese río en lo que no era, en vía navegable o flotable, que se halla, por consiguiente, en el caso de la construcción de un canal nuevo, pues la propiedad colindante no lo era con un río “que sirve para la comunicación por agua”. La carga nacería por efecto de la obra pública ejecutada. Hay que indemnizar: artículo 17 Constitución Nacional; no eran “ríos en que los omes andan con sus nauios”.

Art. 21. — Del texto mismo del artículo 2641, ya resulta que no se refiere solamente a ríos navegables.

Art. 22. — Se modifica el artículo 2642, así:

Es prohibido a los ribereños de todo curso natural de aguas, alterarlo, escavar el álveo, o efectuar derivaciones, sin concesión especial de la autoridad competente.

Art. 23. — Se reproduce el artículo 2643, al cual se suprimirá “de los ríos”.

Se agregará en párrafo separado el artículo 2644.

Art. 24. — Se reproduce el artículo 2645, suprimiendo “o Municipalidad” y agregando “o”, después “del Estado”.

Art. 25. — Se reproduce el artículo 2646, con las modificaciones expresadas en el anterior.

Art. 26. — Se reproduce el artículo 2654.

Art. 27. — Se reproduce el artículo 2655, sustituyendo

Art. 22. — Del motivo que determina esta disposición aparece que hay mayor razón para aplicarla a los cursos intermitentes de aguas de deshielos, torrentes, etc., en que es más peligrosa la alteración. Todas son de dominio público.

Art. 24 y 25. — Los municipios no tienen más funciones que las que les atribuyen las leyes internas de las provincias. Independientemente de ello, es grave atribución la de regular el régimen general hidrográfico y no puede ser desempeñada por los municipios. Sería sancionar la anarquía, y los artículos parecen autorizarlo **a contrario**. Tienen, precisamente, por objeto, limitar el poder legislativo de las provincias, y de la nación misma sobre esos asuntos.

Art. 27. — Tal como está redactado el artículo 2657, sin hacer distinciones parecería autorizar la clausura por

“tres pulgadas”, por “setenta y dos milímetros”. Y al fin, se agregará: En las luces de las escaleras la altura se medirá desde la grada más elevada frente a la ventana. Se le agregará el artículo 2657, como segundo párrafo separado, pero modificado, así:

No tiene derecho, en tal caso, para impedir que en el suelo vecino se levante una pared que cierre las ventanas y le prive de las luces.

Art. 28. — Se reproduce el artículo 2656.

Art. 29. — Se reproducen los artículos 2658 y 2659, constituyendo este un párrafo separado del anterior. Se agregará además: Las distancias se cuentan desde el paramento exterior de la pared, o de los voladizos, en su caso; y para las oblicuas desde el límite de las dos propiedades.

Se suprime el artículo 2660.

CAPITULO I

De la demarcación de los inmuebles *

medio de la pared aun en caso de servidumbre constituida. Se trata solamente de la hipótesis prevista por el artículo 2655.

En cuanto a las luces de las escaleras, Demolombe, 12, número 535.

* El código trata en el título del condominio, y como un caso particular de él, de la demarcación de las propiedades. Considera que el hecho solo de existir confusión de

límites entre dos heredades, establece una presunción de condominio entre los dueños, naturalmente limitada a la parte indecisa: artículo 2746. Y esto, decimos, por el solo hecho de la indeterminación del confin en el terreno, porque si la indeterminación es de los títulos mismos en que los propietarios no están conformes, o se hubieran destruído los mojones, o se levantara cualquier controversia sobre el límite mismo, ya no procedería la presunción de condominio. Solo la acción de reivindicación permitiría ventilar el proceso, y esa acción exige necesariamente la determinación del límite con precisión, puesto que no se reivindican cosas indeterminadas y vagas en su ubicación: artículo 2747. La acción, según éste, no tiende a la reivindicación de una parte ideal, — artículo 2761 — sino a la “restitución del terreno en cuya posesión estuviese el otro” (poseedor).

Todo esto, ya revela una confusión de ideas que es menester disipar.

Interesa a los vecinos, y a la tranquilidad pública, trazar, marcar, en el terreno, el límite de las heredades, para prevenir dificultades. En ejercicio del propio derecho puede cada interesado edificar, cercar, lo que le pertenece. Pero se ha juzgado por todas las legislaciones que convenía autorizar al que pudiera recurrir al vecino, tanto para obtener el establecimiento de un alindamiento reconocido por él, y por consiguiente, por sus sucesores, que impida toda duda futura, como para hacerle contribuir a los gastos de la demarcación, de que también beneficia.

Y si ya había sido hecha en lo antiguo, y por el transcurso del tiempo hubieran desaparecido los mojones, existe el mismo interés y la misma razón legal, para autorizar la acción tendiente a fijar en el terreno las marcas desaparecidas.

Los vecinos no levantan controversia de derechos; están de acuerdo en sus límites. Desean solamente establecerlos en el terreno, y si disienten es en que haya de ir más adelante, o haya de retroceder el trazado de hecho, según los antecedentes en que están de acuerdo.

Hay, pues, en ese caso, que es el normal de todos los códigos, una acción de deslinde para demarcar, para investigar, el límite, que, a pesar de lo que dice el artículo 2746, no puede dar margen a ninguna idea de propiedad en común. La realidad es, precisamente, la exclusión de ella. Se trata de dos propiedades **contiguas**. No hay zona intermedia, que pertenezca a los dos vecinos: uno llega exclusivamente, a donde llega exclusivamente el otro. Sería un condominio sin copropiedad. Y lo que se busca no es dividir lo común: es deslindar lo exclusivo. Ninguno pretende lo que no es suyo. Reclama lo propio.

Pero, disienten los vecinos, sobre el límite.

El artículo 2747 dice que, en tal caso, la acción que corresponde para determinarlo es la de reivindicación para que se "restituya" lo que uno posee indebidamente. Cualquiera ve que hay, aquí, error. Pero, mientras llega el momento de demostrarlo, continuamos analizando el principio del condominio.

Tampoco hay aquí el mínimo asidero a la idea de copropiedad. Y no nos fundamos solamente sobre la letra del artículo. Prescindimos de ella, porque es, la solución, errónea. Decimos solamente que la controversia recae sobre el límite mismo. No están de acuerdo las partes en que éste, o mejor, la heredad, llega hasta donde cada uno lo quiere. Se controvierten dominios exclusivos. No se admiten dominios comunes. Ninguno, dentro de su pretensión, reconoce coparticipación del otro, en lo que se pretende propio. Lo que se controvierte es una línea exclusiva. Lo que la sentencia debe decidir es de quien es, y **solo de él**, es, lo que hasta la línea controvertida, llega. No fija límite a la controversia y señala que hasta tal punto no hay discusión, y hasta tal otro hay copropiedad que debe dividirse. Busca, al contrario, ese límite discutido. Busca su prueba. ¿La encuentra? La sentencia decide que el límite está en tal parte. ¿No la encuentra? Si no la encuentra en el título mismo, la busca en la posesión. ¿No la encuentra? Imposible es no encontrarla, si hay título, porque la sentencia no puede recusarlo, y en la posesión, porque está obligada a reconocerla. ¿Cuándo, pues, ocurre la hipótesis de la imposibilidad? Cuando hay títulos de igual valor, cuando hay posesiones equívocas, dudosas, recíprocas. En una palabra, cuando todos pretenden, y prueban, derechos **excluyentes**. Es un conflicto de derechos. La sentencia decide según el estado de las cosas, en vista de pruebas **contradictorias**, lo que considera de justicia dentro de lo probable, de lo verosímil... ¿Condominio? En ninguna parte se encuentra. No divide el Juez,

lo común. Dice lo que, según lo demostrado, o no demostrado, resulta ser **límite exclusivo** de dos propiedades confinantes. Y la prueba de que no es parte, es, que no adjudica por valores iguales de clase y extensión. Divide “según lo considera conveniente”: artículo 2753, lo que no podría, si hubiera condominio: artículo 2708.

No es, por consiguiente, el caso de la acción de demarcación, en ningún supuesto, acción de división de un condominio. Una semejanza accidental, determinada en derecho romano, por las facultades del Juez, entre la **actio communi dividundo**, y la **finium regundorum**, puede haber llevado a interpretaciones fundadas en apariencias superficiales. Ninguno de los escritores que la nota al artículo 2746, cita, lo dice (1). Al contrario, o callan sobre el punto, o, como Maynz, § 278, dicen expresamente lo contrario: “la **actio finium regundorum**, no es, hablando exactamente, una acción de partición de cosas comunes; porque se trata más bien de determinar los límites de dos fundos **que no son comunes**, pero cuyos límites están confundidos”. (Véase Windscheid, Pandekten, § 450, el cual, solo en el caso de imposibilidad total para el Juez, de fijar el límite según las pruebas, admite que “en cierto sentido” puede “nacer la comunidad de la confusión de límites”. Solo en ese caso, — no en los otros,

(1) El artículo no es inspirado por ellos. Es el 4404 de Freitas, informado por el Landrecht prusiano. I, título 18; sección Vª.

como lo decide el artículo 2746 — y solo... “en cierto sentido”: no en los demás.

Seguimos la corriente de los códigos modernos, que como el francés — artículo 626 — y sus imitadores, ven en la acción de deslinde una carga y un derecho derivados de las relaciones de vecindad, y no de la comunidad, y como los § § 919 y 920, Código alemán, que, enérgicamente, — como los grandes escritores franceses, — rechazan toda idea de condominio o no la mencionan en sentido alguno. (Véase *Motive*, páginas 268/75 — *Demolombe*, II, número 239, y siguientes, *passim*; — *Aubry y Rau*, II, § 199).

Pero, hemos dicho, que el artículo 2747, contiene una resolución errónea.

Las controversias sobre determinación de límites, pueden ser de muy diversa índole.

Un vecino que está en posesión de un bien, que tiene lo que pretende tener, desea demarcar su heredad, y el otro niega que la línea de posesión sea la de propiedad.

La acción para demarcar, no es, en presencia de tal controversia, la de reivindicación. El actor tiene lo que pretende suyo. La controversia es sobre propiedad hasta el linde que uno afirma, y el otro niega. La acción no es de vindicación: la acción es negatoria. Y si el vecino contrademanda, y pide la restitución de lo que afirma suyo, hay dos acciones, negatoria, una, y vindicatoria otra. Pero de la controversia de límites no nacen. Nacen de la pretensión de restitución. La acción de deslinde, por sí, puede ser y es, acción propia, derivada de la vecindad, de la coexistencia

de dos fundos: tiene objeto, y fisonomía propias. (Motive. III, página 271).

Pero, no son esas las únicas acciones. Existen las posesorias. Se han removido mojones, se han destruído por uno de los vecinos, como lo supone el artículo 2747, los que estaban puestos por una mensura anterior controvertida, y aprobada por sentencia. Es claro que, no por eso, porque haya “cuestión sobre los límites”, o “destrucción de mojones”, la acción que procede es la reivindicatoria. Proceden las posesorias, las de cumplimiento de sentencia, la negatoria, la vindicatoria. Demolombe, II, números 245, 246 y siguientes, 281; Aubry y Rau, II, § 199; Laurent 7, número 427 y siguientes, y número 433.

La caracterización de la acción depende, como es la regla fundamental de estas materias, de la naturaleza de la contienda. Y no solamente de la clase de la intentada por el actor. Sino, de ella y de la controversia levantada por el demandado. Según lo que cada parte pide y pretende, será la calificación de la litis-contestación.

Pero hay una acción de demarcación. Invoca derecho derivado de la vecindad de un fundo con otro, con límite que se quiere fijar en el terreno, no obstante la oposición del vecino. No es la reivindicatoria ni la negatoria, porque estas exigen, precisamente, determinación de la cosa que se reivindica, o cuya libertad se pretende, y que no puede afirmarse, ni negarse, sin efectuar la investigación de los límites, que se pide, — artículo 2746 — y a cuya acción se opone el demandado, pretendiendo, por ejemplo, que no hay nada

Art. 30. —El propietario de una heredad puede exigir del dueño de la contigua la demarcación de su límite divisorio, y en caso de remoción o desaparición de los mojones existentes, su restablecimiento.

Art. 31. — Si hubiese confusión de límites o contestación sobre ellos, se fijarán por el Juez, de acuerdo con los títulos respectivos, y en defecto de datos suficientes, de

que investigar, pues existe demarcación decidida por convención o por sentencia. No es acción reivindicatoria, porque no se pide restitución de nada, no se vindica; no es negatorio porque nadie pretende posesión que haya de rechazarse. Se invoca dominio, — o lo que es lo mismo, — posesión a título de tal, — para obtener la fijación en el terreno de los mojones, y se replica, que no procede, por cualquier razón que se quiera, sin levantar restitución de parte alguna de los bienes respectivos.

La acción deriva del dominio porque se apoya en él aun cuando se la califique de emergente de una obligación, repitiendo un concepto que creemos exacto, pues no todas las acciones que se fundan en el dominio, son acciones reales. Artículos 2726, 2746, etc. Hasta puede ser, simplemente prejudicial: basta que no se controvierta la existencia, la plenitud, o la libertad, de un derecho real: artículo 2756. Véase Motive, III, página 271; Planck-Brodman, sobre el § 919, Código alemán.

Art. 31. — El primer párrafo es relativo a la acción de demarcación propiamente dicha, a que se refiere el artículo

acuerdo con la posesión. Si no pudiesen determinarse por esos medios, resolverá el Juez con arreglo a la equidad teniendo en consideración los hechos demostrados.

Cuando se plantearan acciones reales, o posesorias, la decisión se efectuará de conformidad con las disposiciones que las rigen.

2755, pues cuando se trata de la hipótesis del 2747, se aplican las reglas del artículo 2789 y siguientes.

Se advierte la diferencia con la disposición que proponemos.

Cuando hay confusión o contestación de límites, es claro que cada uno de los vecinos pretende que su propiedad se extiende hasta una línea controvertida. Debe pues examinarse si esa propiedad es efectiva, y por consecuencia si tiene título excluyente. Y esto determina la prioridad de ese examen. Cuando de él, no resulta elemento de solución, — artículo 2792 — lo da la posesión. Y si esta es equívoca, o dudosa, resuelve el Juez, como lo dispone el artículo 2755, no precisamente según su libre arbitrio, sino de acuerdo con lo que la equidad exige en vista de los hechos constantes en la causa, como lo repetimos del § 920, Código alemán.

No es, pues, al pie de la letra del artículo 2755, la existencia de vestigios antiguos, — lo que se refiere a signos de la demarcación antes efectuada, en el caso de nuestro artículo 30, y para reponer los mojones, — o la posesión, lo que decide cualquier cuestión de confusión o contienda de límites. Es el título que los fija, y solo en defecto de elementos de decisión, la posesión, y por último el arbitraje judicial.

Art. 32. — En sustitución de los artículos 2748, 2749 y 2750.

Es claro que en el supuesto del artículo 30, aunque se controvierta la existencia de una demarcación anterior, o la situación efectiva de un mojón, la prueba no es la del artículo 31. Es la de los hechos alegados.

La posesión de que habla el artículo 31, es la posesión actual, de acuerdo con la regla general: artículo 2792.

Véase Demolombe, 11, números 252|4 y 272 bis. Aubry y Rau, II, § 199, número 1º y 6º — Motive, III, páginas 271|2; Laurent, 6, número 167.

Art. 32. — Nuestro artículo contiene modificaciones de redacción, más que de fondo, si se atiende a los términos mismos de los 2747|8, pero importantes, si se han de interpretar estos como lo quieren escritores de grave autoridad. Para evitar desinteligencias e impedir esas interpretaciones se modifican.

1º El artículo 2748 concede exclusivamente la acción de deslinde cuando se trata de predios rústicos. La niega para alindar predios urbanos.

Pero, entre nosotros, se ha dado el caso de sentencias que han creído que “predio urbano” significa heredad situada en una población y “predio rústico” el ubicado fuera de ella.

No es ese el sentido de las expresiones. Se trata de una distinción del derecho romano. Hay predio rústico, aunque dentro de una ciudad, cuando no está edificado. Y predio

La acción de deslinde tiene por antecedente indispensable la contigüedad de dos heredades, no separadas por edificios, muros, cercas, u otras obras permanentes.

urbano, en los campos, cuando lo está. (L. 4, § 10, 10, 1, D., en que Paulo, sin embargo, habla de terrenos separados por muros comunes. L. 198, 50, 16, D. Véase Dernburg, Pandette, I, 2 § 229, 1, y nota 5; Molitor, Obligations, II, número 700; Demolombe, 11, número 264; Pardessus, Servitudes, I, números 51 y 117).

Aunque el Código francés, — artículo 646 — no habla una palabra de que pueda deducirse que solo cuando se trata de dos edificios contiguos queda excluida la acción de deslinde, es tal la influencia de las ideas tradicionales, que se ha generalizado la doctrina de nuestro artículo, 2748. No procede cuando hay fundos edificados, — *prædia urbana* —; en todos los demás casos, — *prædia rústica* — puede exigirse la demarcación.

La única razón que se da para establecer esa distinción, es expresada por Demolombe, 11, número 264, en términos que llaman la atención por vacilantes. “Cuando el artículo 646, dispone que todo propietario puede obligar a su vecino al amojonamiento de sus propiedades, **es verosímil que no haya entendido hablar sino de las propiedades rurales**, esto es, de las que no están edificadas, y no se componen sino de tierras, en cualquier lugar en que esas tierras estén situadas” y cita las leyes romanas que parecen así disponerlo.

Y continúa: “El amojonamiento tiene, en verdad, por objeto prevenir el peligro de las anticipaciones, e intromisio-

Compete únicamente a los que tengan o posean derechos reales sobre el terreno, y se da contra los que los posean sobre la heredad contigua. Actor y demandado, pue-

nes; **ese peligro no es de temer sino para las tierras** cuya extensión puede variar; **en cuanto a los edificios, los muros que los sostienen determinan su extensión**, y el jurisperito Pablo decía que son más bien vecinos que limitrofes”.

Si es esa la única razón, debe deducirse que el principio a que obedece, es que no hay que deslindar lo que está ya deslindado, fijado en el terreno; en otros términos, lo que no admite confusión de límites. Por eso, decía Pablo, § 11, ley 4 citada, que si lo que confina con la heredad es un camino público, no procede la **actio finium regundorum**.

Pero bastó que la Corte de Casación resolviese que la letra de la ley no autorizaba distinciones, sin otra razón cualquiera, para que se concluyera, **no que cuando hay edificios no procede la acción** (aunque la letra del artículo en que se apoya la sentencia, no habla de ellos), sino que se da aunque haya **muros que separan las heredades**, zanjás, vallas, “et surtout des murs”, y que Demolombe, número 268, se declarase contra Domat y Pardessus que no admiten en tales casos la procedencia de la acción de deslinde. ¿Por qué? “Porque el texto del artículo 646 es absoluto”. “Porque el deslinde es operación esencialmente contradictoria”, porque “no hay que confundir amojanamiento con limitación simple”.

Según esto: en los edificios hay amojanamiento, y no limitación. Ya no se trata de que los edificios, por si mis-

den pedir la citación de los demás poseedores a título de derechos reales, para que concurran al juicio.

mos, deslindan. Hay muros divisorios, y hay muros "que sostienen edificios". Estos deslindan. Aquellos limitan solamente.

No era eso lo que decía Paulo. Al contrario. Lo de los edificios era en él una deducción de un motivo: "et ea (prædiorum urbanorum) communibus parietatibus plerumque dis terminantur". Para Paulo si hay paredes divisorias, dividan jardines, o dividan edificios, todo es lo mismo: hay deslinde. Para la Corte de Casación, no: la letra de la ley no distingue.

Y no es solamente Demolombe el que cae en tal distinción. También Aubry y Rau, II, § 199, 1º, la hacen, citando a Paulo.

Pero Paulo tenía razón. Cuando un propietario edifica en su fundo, cuando eleva paredes en su tierra, cuando se aísla del vecino, no solamente ejecuta un acto que está dentro de su derecho, sino que también fija, determina, separa, lo que pretende suyo. No hay confusión de límites. Hay precisión y exclusión: es una afirmación, y no una indeterminación. El vecino queda separado, por el muro, por la cerca alambrada. Hasta ella llega la propiedad de uno, y de otro. No es más allá.

Tendrá razón el que edifica el muro, o no la tendrá. Pero la pretende. Su acto es acto de posesión, y acto de dueño.

Puede dirigirse contra el Estado respecto de sus bienes privados. El deslinde de los de dominio público corresponde a la jurisdicción administrativa.

Si, por consiguiente, el vecino pretende deslindar, o investigar sobre la recta ubicación del muro, o alambrado, levanta una contestación sobre ella, aunque la disfrace con palabras invocando el artículo que obliga a efectuar deslinde (1). ¿Qué puede hacer el Juez? Possideo, quia possideo, se le responderá, y deberá detenerse ante esa afirmación, o entrar en el litigio sobre la posesión, o sobre la propiedad, como Demolombe, números 246 y 247, lo reconoce, y como nuestro artículo 2747 lo resuelve. Y si se replicara que hay petición de principio en concluir que la acción de deslinde se detiene ante la contienda posesoria o la petitoria, responderíamos que la petición de principio está en declarar que la acción de deslinde y la reivindicatoria, — así como la negatoria, agregaríamos — son distintas una de otra, para concluir que el que construye muros y cercas que lo encierran, está sometido a la acción de deslindar lo que él ha deslindado por su autoridad, y que solo una sentencia que resuelva sobre los derechos respectivos, puede rectificar.

Sobre este punto, conforme con lo que proyectamos. Pardessus, I, número 119; Molitor, Obligations, número 700; Freitas, artículo 4410. Es, además, lo que resulta de los § 919, 920 y 921, Código alemán, y de nuestros artículos 2746 y 2747.

(1) Laurent, 7, número 432 y siguientes.

2º Proponemos que los que tienen derechos reales pueden iniciar el deslinde, y que pueden demandarlo de los poseedores a ese título.

El código — artículo 2749 — la concede a los titulares de derechos reales, contra el propietario del fundo vecino.

a) En primer lugar los poseedores a título de derecho real, pueden intentar todas las acciones que competen a los titulares efectivos de ellos, pues es principio general que pueden usar de todos los derechos que, por razón de dominio, u otro poder sobre la cosa, pudieran corresponderles: artículo 2420.

Y es también regla general, — artículo 2416, — que los poseedores a título de derecho real, están sometidos a las obligaciones inherentes al dominio, u otro poder sobre las cosas.

No tenemos, por eso, que mencionar expresamente a los poseedores, ni evitar el concepto, desde que existen disposiciones relativas a esos casos. Intencionalmente empleamos la expresión “poseedores” a título de derechos reales, porque no hay distinciones que hacer.

b) Decimos que se da contra todos los que posean derechos reales, y no solamente contra el propietario, porque también el usufructuario, el dueño del predio dominante, el del sirviente, tienen interés comprometido en el deslinde, y sus derechos, por lo mismo que son reales, no quedan sujetos a los actos del propietario.

c) Por consecuencia, el que desea obtener resoluciones que produzcan cosa juzgada para todos, puede exigir la ci-

Art. 33. — Se suprime el artículo 2751.

Se reproduce el artículo 2752 modificado, así:

Los gastos de la demarcación son comunes a los colin-

tación de todos los interesados. La doctrina es unánime sobre estos detalles. Es, la de los artículos 2746, 2877, etc. Véase Demolombe, 11, números 256|9 y 262; Aubry y Rau, II, § 199, número 2; Freitas, artículos 4404, 4406, 1º, 4407, 4412.

Art. 33. — Supresión del artículo 2751.

Dispone que la posesión de buena fe de mayor parte de terrenos que la que expresan los títulos, no aprovecha al que la ha tenido. Es probable que haya sido tomado, con variantes, del artículo 4417 de Freitas. Pero este decía que esa posesión no le aprovechaba "como poseedor de mala fe".

De todas maneras, la disposición es inadmisibile. Eleva a prescripción general lo que es una solución muy particular a una especie muy reducida, y como regla es inexacta.

Digamos, ante todo, que, en Freitas la limitación existía, y nuestro código la ha hecho desaparecer. No es toda posesión la contemplada, como en el artículo 2751. Es solamente, en Freitas, la que excede el "título de uno de los confinantes o por cualquier documento que él presentase". Y se comprende. Invoca un título. Y porque lo invoca, porque justifica su pretensión en él, se le replica, que lo tome como es: su posesión debe justificarse con él.

Eso ha desaparecido de nuestro artículo.

No es recomendable, sin embargo, la solución de Freitas.

dantes, sin perjuicio de lo que la sentencia decida sobre las costas del litigio en caso de contestación. Pero cuando la demarcación hubiese exigido mensuras de las propiedades

Los casos son muy diferentes en una cuestión de límites. Nadie prescribe, o posee **contra** su título. Porque nadie puede intervertir la causa o la naturaleza de su posesión. Pero se prescribe, — o posee — fuera de su título, más allá de él, y aun la propiedad de otro.

Por consiguiente, fuera, en mayor extensión, que el título.

El que contiene el límite que el poseedor de mayor área pretende, no puede invocar el título de su opositor para demostrar que la posesión alegada es inoperante. Debe justificar, con el propio, que el límite se extiende a lo que pretende, y que la posesión no era apta, — por equivoca, clandestina, insuficiente, para prescribir contra él. Si se le replica con el título, el Juez decidirá dentro de lo que este dispone, — y por eso el artículo de Freitas es inútil y peligroso, — como es la regla general. No se puede invocar y recusar al mismo tiempo el valor probatorio de un instrumento o acto jurídico. Si el título es dudoso, no se interpreta la duda a favor de aquel contra quien se opone: **decide la posesión**. Puede, pues, invocarse: artículo 2755.

Pero cuando se invoca una posesión fuera del título, esto es, cuando **no se invoca título**, sino posesión apta para las acciones posesorias, o apta para la prescripción, por otro título, o sin título alguno, — **possideo quia possideo** — ¿có-

o de una de ellas, se dividirán los gastos proporcionalmente a las superficies de las heredades.

mo se va a prescindir de ella, y atropellar a quien posee, o adquirió la propiedad por usucapión?

Queda todavía otra hipótesis. Los títulos pueden designar la extensión de que habla el artículo 2751, cuando se refiera a "mayor parte de terrenos que la que expresan los títulos", de dos maneras: por la expresión del perímetro que comprenden, determinado por los linderos, y por la de la medida lineal, o superficial. Pueden no coincidir. Los artículos 1344 y siguientes, nos dicen que cuando hay expresión de la medida, el título, sin embargo, es regular y válido aunque exista error en ella. Da lugar a suplementos o disminuciones de precio, y hasta a liquidaciones y compensaciones de excesos, entre los varios inmuebles (artículo 1348), pero deja intacto el título, y el dominio fundado en él.

Por consiguiente, aunque diga lo contrario el artículo 2751, puede invocarse la mayor extensión efectiva dentro de la demarcación de los linderos, aunque sea menor la expresada en medidas, sin que, tal como está redactada la disposición, sirva para otra cosa que para alimentar pleitos, especialmente cuando uno de los vecinos a quien falta terreno, se empeñe en invocar el título de su aldeaño. Puede, sin embargo, la falta estar en otro vecino, y puede estar en un error del propio título: su existencia, no comprueba que la posesión del lindero sea injusta.

Como se advierte, la disposición es incorrecta e innecesaria. Porque, tanto en lo que habría de ser limitada para

Art. 34. — En sustitución de los artículos 2754 y 2753: Todo deslinde, sea judicial, sea convencional, debe ser

su recta inteligencia como en lo que habría de ser corregida, para hacerla exacta, no se trata sino de la aplicación de las más claras disposiciones del código, en materia de deslinde, — artículo 2755, — de posesión, artículos 2354|63, 2472. 2479|81, de acciones reales, — artículo 2720 y siguientes, de prescripción, 3099, 4003, 4015|6 — de venta, artículos 1344|8, etc.

El artículo que suprimimos es inexacto, y peligroso. Es además, inútil en lo que pudiera referirse a un caso particular. Véase, Demolombe, 11, número 272 y siguientes; Aubry y Rau, II, § 199.

———— Corrección del artículo 2752. Es visible el error material de escritura en él, pues habla de gastos “en mejoras” de la línea de demarcación, y no de los causados en establecerla como resulta del texto mismo: “pero cuando la demarcación” etc. Limitamos a los gastos de mensuras, y no a cualquier otra “investigación de límites” como ahora está, — investigaciones de archivos, de planos en protocolos, etc., — porque esos gastos no son, o no deben ser, proporcionales a las superficies. Son gastos de la causa y del deslinde, y el Juez resolverá a quien deben cobrarse.

Véase los escritores citados anteriormente.

Art. 34. — Del artículo 2753, que obliga a pedir la homologación al Juez, con presentación de la mensura, ya re-

hecho por agrimensor público, y con audiencia o intervención de la autoridad administrativa que ejerce la superintendencia en esas materias.

Hecho por convenio, deberá presentarse firmado por las partes, con la mensura efectuada, a la aprobación del Juez competente, sin la cual el convenio será nulo.

La homologación del Juez, o la sentencia en caso de ser judicial el deslinde, constituirá título de propiedad entre las partes y sus sucesores, siempre que se inscriba en el Registro de la propiedad de inmuebles. No podrán ser impugnados sino en los casos en que las sentencias, o los actos jurídicos pueden serlo.

sulta que esta debe ser efectuada, como la demarcación judicial, por agrimensor, desde que este no ejerce una simple profesión, sino una función fiscalizada por el Estado.

Hemos insistido en la solución del artículo 2753, que no deja librado el valor de los convenios privados al arbitrio de las partes. Al contrario. Extremamos y acentuamos la necesidad de la intervención judicial, y la de la autoridad superior en asuntos topográficos, porque interesa a la cosa pública, y al sistema general de Registro de la Propiedad, que las bases catastrales, sean fijadas, y observadas, dentro de un sistema uniforme. No creemos necesaria la escritura pública. Basta la homologación.

NOTA. — Se suprimen todos los artículos que constituyen el título del dominio imperfecto, del 2661 al 2672, en virtud de las razones ya expuestas.

Los artículos 2666, 2667 y 2672, serán trasladados, en cuanto procedan, a los títulos de la venta y las donaciones.

TÍTULO VI

Del condominio

Art. 1. — Se reproduce el artículo 2673, modificado, así:

Hay condominio cuando la propiedad de una cosa, pertenece a varias personas, y a cada una por su parte indivisa.

Se agregará en segundo párrafo, el artículo 2674.

Se suprime el artículo 2675.

Art. 2. — Cada condómino es dueño de su parte indivisa; puede ejercer su derecho sin consentimiento de los

Art. 1. — Es la definición de Aubry y Rau, II, § 221, que ha inspirado la del artículo 2673, la cual contiene una ambigüedad incorrecta. Es fundamental en el condominio que cada persona tenga una parte indivisa en la propiedad. Es lo que la diferencia de la participación de los socios o asociados en una sociedad, o asociación. Los bienes de esta no están en condominio: pertenecen únicamente a la sociedad, o asociación registrada. Véase § 1008, Código alemán, y sobre él. Planck; Dernburg, B. Recht, II, 2, § 368; Ende-

demás y reivindicar su parte contra ellos. Puede enajenar su cuota. La hipoteca que constituyese sobre ella queda subordinada al resultado de la partición, y no tendrá efecto alguno en el caso de que el inmueble fuese adjudicado a otro condómino, o enajenado a tercero para efectuar la partición.

Art. 3. — Se reproduce el artículo 2679, modificado así:
Cada condómino puede hacer valer los derechos resul-

manu, I, § 182. Disueltas, sobreviene una comunidad de una masa patrimonial que hay que liquidar, como una sucesión.

Suprimimos el artículo 2675, porque el condominio, que es una propiedad, se adquiere por los modos del dominio, y además porque los hechos jurídicos de que puede resultar no ofrecen nada de particular para establecer reglas especiales.

Suprimimos en el texto la disposición de la última parte del artículo 2677, no en cuanto a la facultad de los acreedores para hacer embargar la parte indivisa de su deudor, pero sí en cuanto a hacerla vender, de acuerdo con lo que hemos proyectado en el Libro de las Obligaciones.

Art. 3. — Aparentemente el artículo que se proyecta no difiere del actual. Este dispone que cada uno de los condóminos puede reivindicar la cosa; por consiguiente, la totalidad de ella, puesto que la entrega de una cosa cierta es siempre indivisible: artículo 679. Pero, aunque eso dice, no es la inteligencia que parece resultar de las citas en la nota. Prescindiendo de la del código romano, que se refiere a una

tantes del dominio respecto de la totalidad de la cosa. Si hubiera de restituirse, la entrega se hará por consignación, o por secuestro, por cuenta común de todos los condóminos.

hipótesis por demás lejana de la del artículo, pues se trata de una hipoteca o prenda consentida por un condómino por el todo, y de saber lo que el otro perjudicado puede hacer, es exacto que según la ley del Digesto recordada, y los escritores que se invocan (Maynz, § 118) se trata de la reivindicación, no de la cosa, como dice el artículo 2679, sino de la parte indivisa. Lo mismo, Demolombe, 15, número 481, y en general los escritores franceses.

Pero esa opinión está muy lejos de ser admitida por todos los grandes romanistas. No participaba de ella Savigny (D. romain, 6, § 301, página 473) ni Glück, con quien disiente en cuanto a la cosa juzgada, ni Cuyas, ni Dernburg, Pandette, I, 2, § 195, ni Windscheid, Pandekten, I, 2, § 169, a), el cual, (nota 4 d) dice: “No admito como hecho indudable, que el copropietario, aun del que no afirma ser él mismo, propietario, pueda exigir solamente la restitución de la coposesión. Que todo copropietario puede intentar la actio negatoria, no ha sido, que yo sepa, impugnado. Una servidumbre predial perteneciente al fundo común puede hacerse valer por vía de acción por todo condómino, y una sentencia obtenida por él, beneficia a los otros condóminos; pero no obtiene sino por su cuota la condenación pecuniaria romana”. Sobre la actio negatoria, en el mismo sentido, Dernburg, § 255.

Hemos adoptado la solución que directamente establece el texto del artículo 2679; lo que el condómino puede rei-

Se aplican a estos casos las reglas establecidas sobre cosa juzgada en materia de obligaciones indivisibles.

vindicar es la cosa, y esa cosa no puede ser reivindicada sino por el todo, como luego vamos a verlo.

Pero ya hacemos una primera corrección. No se trata solamente de la acción de reivindicación: se trata también de las acciones confesoria y negatoria. De todas las que derivan del dominio. Es la solución del § 1011, Código alemán.

De la idea fundamental del condominio, resulta que existe una propiedad ordinaria, en que cada copartícipe tiene un derecho a la cosa, limitado por el derecho igual de los demás. No es uno limitado a tal o cual fracción: no hay propiedad por partes divisas, limitadas. En toda la cosa, en cada parte ideal de ella, el derecho del condominio existe, por mínima que pueda concebirse. Mientras no intervenga división ese estado subsiste. En eso está la diferencia de la copropiedad con la propiedad de las entidades personificadas: sociedad, asociación, o con los patrimonios colectivos de personas ideales, no jurídicas. (Véase Dernburg, Pandette, § 195, número 3). "La propiedad de cada comunista no es diversa de la propiedad exclusiva, y ella, efectivamente, según su disposición, está dirigida al señorío total de la cosa".

Si esta ha sido ocupada por tercero, la reivindicación es necesaria para obtener su entrega a los dueños. ¿Y qué razón hay para que se niegue esa entrega, y se limite el efecto al reconocimiento de la parte indivisa? El que con otros es acreedor de una cosa cierta, ¿está acaso impedido de exigir del deudor la entrega? ¿Y cómo puede hacerse esa entrega

de una cosa indivisible? El artículo 686 autoriza la exigencia de la prestación a cada uno de los acreedores, y no la limita a su parte. El buen sentido explica que no hay dos clases de entrega, de tradición, una para pago, otra para restitución de lo reivindicado.

Hay, pues, unidad de situaciones que debería imponer la unidad de las soluciones: no puede ser verdad en un caso, lo que no es verdad en el otro. Con razón concluía Savigny, que el condómino puede intentar la **actio negatoria** con efecto respecto de todos los condóminos. No puede haber servidumbre para unos y no haberla para otros. Es el predio lo que está sometido a ella, y no las personas.

Nótese que la acción negatoria deriva del dominio mismo. Por ella se le invoca como en la reivindicatoria. Se pretende que existe libre: es la reivindicación de la libertad. Si cada condómino puede ejercerla, es claro que la solución se aplica a toda acción real. Con razón Windscheid veía en ello la demostración de que no había distinción que hacer. ¿Y por qué se haría? No es lo mismo reivindicar la cosa común, que reivindicar una cuota y limitar su efecto al reconocimiento de ella. Porque todas las convenciones sobre limitación o aplazamiento de la acción de división, sobre licitaciones eventuales, sobre bases de la partición, sobre colación de donaciones, en una palabra, sobre los derechos de los interesados antes o en el momento de la división, son **res inter alios acta**, para el tercero despojante o poseedor. El condómino tiene un interés cierto y positivo en partir con unos, y no con otros.

Agréguese que hay contradicción en reconocer que los coacreedores de una prestación indivisible, pueden invocar su título y convenciones que les asignan parte mayor y hasta toda la cosa, artículo 689, número 1º, e impedirle la reivindicación total, porque no podría invocar aquellos antecedentes frente al poseedor actual.

Y como la solución, según Aubry y Rau, y Demolombe, se aplica también a la indivisión hereditaria, la reivindicación parcial de un bien en poder de quien no es heredero, conduciría al fraccionamiento, o venta forzosa del bien, mientras que entre los coherederos, se efectuaría la división por adjudicación de los bienes comprendidos en la sucesión, con otras ventajas de la situación, por abono previo de las deudas del causante, o con aplazamiento de la realización de bienes para efectuarla y adjudicación de ellas a los coherederos, lo que no puede concebirse en una división con extraños.

Consideramos un error perfecto la reivindicación limitada a la parte, y que la solución de Savigny, Dernburg, Windscheid, adoptada y generalizada por el § 1011 del Código alemán, es la única que corresponde a la recta concepción jurídica de la copropiedad de cosas. Oportunamente la consignaremos para la indivisión hereditaria.

Nos apartamos, sin embargo, de Savigny, § 301, página 474, en cuanto a los efectos de la cosa juzgada. Piensa que la sentencia de absolución del demandado puede oponerse a los condóminos que no intervinieron en el juicio.

Art. 4. — Se reproducen los artículos 2684 y 2680. El segundo constituirá un párrafo separado del primero. Se agregará al primero: ni impida el goce igual de los demás.

Se suprimen los artículos 2681 y 2682.

Art. 5. — Se reproduce el artículo 2683.

Art. 6. — Se reproducen los artículos 2685 y 2686. Este constituirá un párrafo separado del primero.

Art. 7. — Se reproducen los artículos 2687 y 2688, que constituirá un segundo párrafo del primero.

Se suprime el artículo 2689.

Hemos tratado el asunto con ocasión de las obligaciones indivisibles y de las solidarias. Creemos que hay cosa juzgada para todos los condóminos frente al vencido, que se defendió, contra quien se dictó la sentencia, como lo pensaba Savigny, pero creemos que no hay cosa juzgada respecto de los que no fueron oídos en juicio. Y esa solución es la de Dernburg, Pandette, I, 2, § 255, 1, y nota 7; Windscheid, I, 1, § 132 nota 6; Motive, III, página 446, que exponen las razones para dejar el caso dentro de las reglas comunes. Véase Planck-Brodmann sobre el § 1011.

Art. 7. — Se suprime el artículo 2689, en virtud de las razones expresadas en la nota al 675.

Art. 8. — Los condóminos a quienes se debiesen sumas por desembolsos hechos en pago de cargas de la propiedad, o para conservarla, o repararla, tienen derecho a exigir el pago preferente de ellas en el momento de la división. Este derecho existe aún contra los sucesores a título particular, siempre que las deudas estén inscritas en el Registro, o se hubiese hecho una anotación preventiva, si se tratase de inmuebles.

Si para el pago fuese necesario efectuar la venta de la cosa se procederá como si se tratara de la cesación de la indivisión.

Art. 9. — El artículo anterior se aplicará cuando uno de los condóminos adeude a otro un crédito originado por la indivisión, y quedará afectada la parte del deudor, al cumplimiento de la obligación. Si éste resultare insolvente la deuda se dividirá entre los demás en proporción a sus cuotas.

Se suprime el artículo 2690.

Arts. 8 y 9. — § § 755|6, Código alemán, y sobre ellos Planck.

Si la deuda o carga estaba ya inscrita, el condómino, subrogado al acreedor por efecto del pago, se encuentra en el mismo caso que él. Sobre la necesidad de la inscripción, § 1010, Código alemán.

El artículo 2690 — que se suprime, en virtud del agregado al artículo 9 — contiene un error de pluma: dice “cosa”, en vez de “deuda”, como está en Pothier en el párrafo citado en la nota. También en él queda bien expreso

Art. 10. — Se reproducen los artículos 2692 y 2693, que constituirá un segundo párrafo separado. Se agregará al último en período seguido: “El testador y el donante pueden imponer igual condición”.

Se suprime el artículo 2694.

Art. 11. — Los convenios o cláusulas de indivisión producen efecto respecto de los sucesores particulares, si, tratándose de inmuebles, estuviesen inscritos en el Registro.

Art. 12. — Es válida la afectación de un bien indiviso en favor de alguno de los condóminos.

También lo es la afectación del bien indiviso a favor de otro inmueble perteneciente a uno de los condóminos, y la de este inmueble a favor del indiviso.

Art. 13. — Se reproduce el artículo 2698, sustituyendo “deben aplicarse”, por “se aplican”.

Se agregará un segundo párrafo:

Producen los efectos de la partición, la licitación, y todos los actos a título oneroso por los cuales uno de los condóminos adquiere el dominio exclusivo de la cosa común.

Se suprimen los artículos 2695, 2696 y 2697.

que la parte que se reparte por la insolvencia, es la que corresponde a obligaciones originadas por la indivisión.

Art. 11. — § 1010, Código alemán.

Art. 12. — § 1009, Código alemán.

CAPITULO I

De la administración de la cosa común

Art. 14. — Se sustituyen los artículos 2699, 2700 y 2702, por el siguiente:

Siendo imposible por la calidad de la cosa, o por la oposición de alguno de los condóminos, el uso o goce, o la posesión, común, resolverá la mayoría si se da en locación, o se administra por cuenta común, y fijará las condiciones, y nombrará o revocará administradores.

Si se resolviese la locación, será preferido a un tercero como locatario el condómino que ofreciese iguales ventajas, y entre condóminos en iguales ofertas, decidirá la suerte.

Art. 15. — Las resoluciones sobre administración serán adoptadas previa citación de todos los interesados, por mayoría absoluta de votos computados según el valor de las partes indivisas, y aunque esa mayoría correspondiese a uno solo de los condóminos.

Si hubiese empate decidirá la suerte. Cualquier dificultad sobre asuntos administrativos, será sumariamente decidida por el Juez a solicitud de cualquier condómino y con audiencia de los demás.

En caso de duda, se presumen iguales las partes. Los frutos se dividirán proporcionalmente a los valores de ellas.

Art. 16. — En sustitución de los artículos 2701 y 2709, el siguiente:

El condómino que administrase por nombramiento de la mayoría, será juzgado según las reglas del mandato. Si lo hiciera sin mandato, será considerado gestor de negocios.

Se suprimen los artículos 2703, 2704, 2705, 2706, 2707 y 2708.

CAPITULO II

De la indivisión forzosa

Art. 17. — Se reproduce el artículo 2710, suprimiéndole la palabra “accesorios”. Se agregará al fin después de “pedir la división” “sin el acuerdo unánime de los demás, o mientras uno solo de ellos tenga interés en la indivisión”.

Se pondrá en segundo párrafo, el artículo 2711. Y se le agregará el artículo 2714.

Art. 18. — Se reproducen los artículos 2712 y 2713, constituyendo éste un párrafo separado del primero.

Art. 19. — Se reproduce el artículo 2715.

Art. 17. — Sobre el acuerdo de los condóminos, Demolombe, 11, número 425. La indivisión no resulta por imposición de la ley, sino por resolución de los propietarios. Desapareciendo la necesidad, puede pedirse la división. Demolombe, número 444; Pardessus, Servitudes, I, número 191; § 922, Código alemán.

CAPITULO III

Del condominio de los muros, cercas, y fosos

Art. 20. — Se reproduce el artículo 2716, al cual se suprimirá “las paredes” y se pondrá en cambio “los”.

Se agregará como segundo párrafo el artículo 2717.

Art. 21. — Se sustituyen los artículos 2718, 2719 y 2743, por el siguiente:

Se presumen medianeros, mientras no se pruebe lo contrario, por instrumentos públicos o privados, o por signos materiales:

1º Los muros divisorios entre edificios contiguos hasta el punto común de elevación;

Art. 21. — Artículo 572 Código español, con variantes de palabras para acercarlas de las usadas por los artículos sustituidos. Artículos 573, inciso 7º, y 574, Código español. Artículos 653 y 666, Código francés, reformado el segundo por la ley de 1881. Artículos 546, 565 y 566, Código italiano.

La disposición del artículo 2719, vigente, está fundada en una desinteligencia. Ninguno de los escritores que se citan en las notas de ese y del artículo anterior, dicen lo que se les atribuye. Al contrario, dicen lo opuesto. Aubry y Rau, de quienes es el pasaje transcrito en la nota al artículo 2719, resuelven expresamente: — § 222 — “En virtud del mismo artículo (artículo 653, Código francés), todo muro que sirve de separación entre patios y jardines, se

2º Las paredes divisorias de patios, jardines, quintas, u otros espacios abiertos;

3º Los vallados, cercas, setos vivos, zanjas, y acequias que dividen los predios rústicos, a no ser que una sola de las heredades se halle cerrada. Subsiste la presunción si ninguna de las dos quedase cerrada.

Se considera signo contrario a la medianería de zanjas y acequias el hecho de estar la tierra extraída para abrirlas, o para su limpieza, de un solo lado, en cuyo caso se presume del dueño de esta heredad.

presume medianero, y esto aunque uno se hallase enteramente cerrado, y el otro no lo estuviera''. Y como ellos todos, (Demolombe, 11, número 325; Laurent, 7, número 527).

Hay una confusión en el código, en cuanto, por lo menos, a la inteligencia de los escritores que invoca, y de las razones que alegan.

El texto francés habla de muros que dividen edificios, y de muros que dividen patios y jardines. Cuando separa un edificio de un jardín, por ejemplo, se dividen las opiniones. Creen unos que se halla el caso dentro del texto. Otros opinan que no, porque lo leen como que han de dividirse dos edificios, o dos jardines, y no como que haya una sola hipótesis común.

Eso es lo que los autores de la nota resuelven, y no como lo dice el artículo 2719, que no se presume medianero el muro divisorio de patios, jardines, quintas, etc. Mal podrían haberlo dicho desde que el artículo 653, Código francés, resuelve literalmente lo contrario. Y no podría haberlo

Art. 22. — La presunción de medianería no existe, cuando el muro o división se asienta exclusivamente en el terre-

resuelto desde que un simple seto vivo es, según el mismo, — artículo 666 antiguo, y reformado, — medianero cuando divide propiedades cerradas, o abiertas, las dos.

No es, pues, exacto que la divisoria de jardines, o espacios no cubiertos, no es medianera. Existe la misma razón que para la medianera de edificios.

Art. 22. — Artículo 573, número 3º, Código español. La consecuencia necesaria del artículo 2519, es que toda construcción existente en el terreno de uno de los predios contiguos pertenece a su dueño, y lo confirman los artículos 2717 y 2736, desde que la medianería exige el asiento del muro en el límite separativo y no dentro de él, según el primero, y, cuando no lo está, la medianería se adquiere mediante el pago de la mitad del valor de la pared, según el último. El artículo 2728, confirma la conclusión.

Laurent, 7, número 531, piensa que las dos presunciones de propiedad exclusiva y de medianería coexisten y que el Juez en tal caso se decidirá según las circunstancias, por una o por otra, lo que es un expediente verbal, para decir que no hay presunción de medianería, sino demostración libre de los hechos.

Demolombe, 11, número 321, después de admitir la presunción de medianería, continúa explicando que, sin embargo, el vecino que ha aprovechado del muro existente al levantar su edificio “no puede adquirir la medianería sino

no de una de las heredades, y no sobre una y otra de las contiguas.

Art. 23. — Se reproduce el artículo 2721.

Se suprime el artículo 2720.

Art. 24. — Se reproduce el artículo 2722, suprimiendo "muro", y agregando después de "pared" y antes de "medianera" las siguientes: "u otra divisoria".

Poner como segundo párrafo el artículo 2723.

Art. 25. — Se reproduce el artículo 2724, al cual se suprimirán las palabras finales "o muro".

Se le agregará en vez de ellas: "y del terreno en que se eleva".

abonando la mitad del valor de la pared y el suelo, y la acción del propietario del muro dura evidentemente treinta años. Es, pues, conclúye, poner el efecto antes de su causa, invocar la presunción de medianería contra una demanda que descansa precisamente en que las condiciones necesarias para adquirirla no han sido llenadas". Es, todavía, más categórico en el número 334.

En el mismo sentido: Aubry y Rau, II, § 222; Huc, 4, número 325.

Art. 23. — La supresión del artículo 2720, obedece a las razones expuestas por los escritores citados en la nota precedente. Es además necesaria para armonizar con los artículos 2519, 2790 y 2792, etc. Véase, Demolombe, II, números 345 a 350; Aubry y Rau, II, § 222, número 1.

Art. 25. — Demolombe, II, números 357 y 388.

Se agregará además, en segundo párrafo, el artículo 2739, al que se sustituirán las palabras “expuestos” por: “del artículo (2736) 34”.

Art. 26. -- El abandono se entenderá sometido a la condición resolutoria de que la pared será reparada, y reconstruída, cuando sea necesario, por el propietario adquirente.

Art. 27. — Se reproduce el artículo 2725, con las modificaciones siguientes:

a) en vez de “un lugar aun no cerrado entre paredes”, se pondrá: “en terreno aun no deslindado del vecino por paredes”;

b) en vez de “la mitad de la pared que”, se dirá: “la mitad de la que”;

c) en vez de “diez y ocho pulgadas” se dirá: “cuarenta y cinco centímetros”.

Art. 26. — Pardessus, Servitudes, I, número 168. Demolombe, 11, número 391; Aubry y Rau, II, § 222, número 2; Zachariæ-Crome, I, § 182, nota 7 b; Laurent, 7, número 550.

Art. 27. — Al hablar el artículo 2725 de “lugar aún no cerrado entre paredes”, emplea términos dudosos que pueden dar ocasión a trasladar a ese caso las condiciones del artículo 2742, cuando solo se trata de muro divisorio entre dos heredades.

Art. 28. — Se modifican los artículos 2726, 2727 y 2729, así:

Todo propietario puede obligar a su vecino en los pueblos y sus arrabales, a la construcción y reparación de paredes del espesor y materiales expresados en el artículo anterior, que separen las heredades contiguas. En defecto de reglamentos municipales que determinen la altura, esta será de tres metros.

El vecino requerido no puede librarse de esa obligación por el abandono del terreno, o la pared de cerramiento ya existente.

Art. 29. — Se reproduce el artículo 2728.

Art. 30. — Se reproduce el artículo 2730 al cual se agregará en segundo párrafo el 2731, suprimiéndose las palabras

Art. 28. — Establecemos en el segundo periodo del artículo, una disposición opuesta a la actual del 2727. La opinión de Toullier, y Aubry y Rau, que era la de la Corte de Casación de Francia, ha sido victoriosamente refutada por Demolombe, 11, número 379; — Pardessus, Servitudes, I, números 149, 152, 168; — Laurent, 7, número 502; — Zachariæ-Crome, I, § 174, y nota 5 (Zachariæ abandonó su opinión anterior que era la adoptada por el artículo 2727): — Baudry et Chauveau, Des biens, número 982; — Huc, 4, números 330 y 348.

Art. 30. — Se suprime el artículo 2737, porque solo contiene prescripciones repetidas. Del artículo 2730, por que disminuir la altura o el espesor del muro es más que dete-

“Cada uno de los condóminos”, y cambiando, “puede”, por “Puede”.

Se suprime el artículo 2737.

Art. 31. — Se reproduce el artículo 2732, modificándolo por el agregado siguiente al final: “pero será de su cargo

riorarlo, y es comprometer su solidez. Del artículo 2654, porque no puede hacer ventanas o troneras.

Art. 31. — Es unánime la opinión, que, por lo demás, informa el artículo 658, Código francés, y el 554, italiano, de que, regularmente, el mayor peso aumenta los gastos de conservación, y deben quedar a cargo de quien eleva el muro y goza de esa ventaja. Aubry y Rau, II, § 222, 3º; Demolombe, 11, número 400.

Cuando la pared no puede soportar la carga, nuestro artículo 2733, repitiendo el 659 francés decide que debe “reconstruirla toda ella” a su costa. Existe dificultad para decidir qué gastos comprende la reconstrucción, y creemos conveniente precisar un poco más el concepto, e incluir las reparaciones de la construcción en el estado anterior. Sin ir tan lejos como el artículo 554, Código italiano, pensamos con Laurent, 7, número 562, in fine, que debe limitarse a las molestias ordinarias la carga del condómino perjudicado por la obra, pero que el principio normal de los artículos 2618, 2627 y 3077, Código Civil, debe ser aplicado a estos casos.

La doctrina más generalizada entre los escritores franceses (Demolombe, 11, número 405 y siguientes; Pardessus,

el aumento de gastos de conservación si es originado por esa causa''.

Se agregará en segundo párrafo el artículo 2733, modificado así:

I, número 174; Baudry y Chauveau, número 964; Iluc, sobre el artículo 659) con variantes de detalle, es la de que se comprenden en los gastos de reconstrucción todos los necesarios para reponer las cosas al estado anterior, en cuanto al vecino, y en lo que se refiere al muro mismo, pero que no se debe indemnización por ningún daño, por considerable que sea, resultante de la privación del uso. Se llega hasta asegurar que si el vecino debiera indemnizar a su locatario, no podría reclamar el reintegro.

Todo lo que se dice para justificar tales opiniones es, que el condómino usa de su derecho al reconstruir, y que, por consecuencia, *qui jure suo utitur neminem lædit*.

Con razón se sublevaba Laurent, contra semejantes conclusiones.

Pero es eso incomprensible, y contrario a todo el sistema jurídico de las relaciones de vecindad, y del uso del dominio, admitido por el derecho francés y por los escritores que lo repudian para la hipótesis que analizamos.

Porque el propietario no puede usar de lo suyo cuando, sin penetrar a la propiedad vecina, lo hace de tal manera que excede la medida de las incomodidades de la vecindad. Y esto aunque la autoridad se lo haya concedido, y no haga sino explotar su fábrica con la circunspección necesaria.

Cuando la pared no pudiera soportar la altura, el condómino que quisiera elevarla la reconstruirá a su costa exclusiva, y tomará de su terreno el excedente del espesor.

Ningún escritor dijo, jamás, que en tal caso, **qui jure suo utitur...**

También usa de su propiedad quien deja sin reconstruir un edificio que amenaza ruina, y todos los escritores citados admiten que el vecino tiene derecho para pedir las medidas necesarias a fin de evitar el peligro, aunque la autoridad municipal, o la policial, se nieguen a intervenir. Y conceden la acción de indemnización por el daño padecido por la caída del edificio.

Ninguno de los escritores citados, niega al propietario de un edificio la facultad de repararlo, y reconstruirlo, pasando obreros y materiales por el predio vecino. Le reconocen, pues, un derecho. Pero agregan, como nuestros artículos 2627 y 3077, que, a pesar de usar de su derecho, debe abonar los daños que cause al vecino.

Y lo mismo deciden cuando se refugian los animales en una propiedad ajena: también admiten que el dueño puede retirarlos, entrando al fundo, pero bajo la inteligencia de que abonará el daño que cause.

Y si estos son los principios fundamentales, dentro de los cuales se gobierna el ejercicio del dominio ¿por qué el condómino de una pared, queda exceptuado de ellos? La Corte francesa de Casación decía que se aplican a la reconstrucción de un muro las reglas, no de la indivisión forzosa, sino las de la propiedad exclusiva: Huc, — sobre los artícu-

Indemnizará, en los dos casos, al vecino, del perjuicio que la obra le haya causado, con excepción de los que provengan de embarazos o molestias que no le hayan impedido,

los 657 y 658, — lo repite constantemente contra Laurent. Si es así, es necesario algo más que recordar un aforismo que, confesadamente, no se aplica a los daños causados por un propietario exclusivo a su vecino, para demostrar una conclusión opuesta, en lo que se dice, como en el condominio, regido por las mismas reglas.

Esa petición de principio se repite en una de las principales aplicaciones.

Si disienten los escritores en cuestiones como la de reposición de las pinturas murales, son unánimes en afirmar que aunque el vecino tenga que abonar indemnizaciones al locatario, por causa de la perturbación sufrida en el goce de la cosa, no puede repetirlas del condómino causante.

Y eso es una grave contradicción de ideas. Si el locatario puede reclamar del daño causado ¿por qué no lo puede el locador? Si usa de su derecho el constructor, tanto usa para uno como para otros. Y si el locador tiene que callar porque no hay daño imputable, parecería que debía alcanzar el razonamiento para dispensar de indemnizarlo al locatario: no es culpable, de un hecho para él *fortuito*.

Decía v. Jhering, el cual tan hondamente estudió estas cuestiones de vecindad, que el daño en razón del uso de la propiedad, no tiene por base el derecho de dominio, sino el interés, y que las mismas reglas rigen los derechos reales, que los personales (Des lésions injurieuses, número 15). Sin

o disminuido notablemente, el uso de su heredad, siempre que se hubiera empleado la debida diligencia para evitarlos.

Art. 32. — Se reproduce el artículo 2734.

Art. 33. — Se reproduce el artículo 2735.

embargo de ello, el código, — artículo 1520, — autoriza la suspensión del pago del arrendamiento, y la resolución de la locación, allí donde — artículo 1528, — el locatario no tiene acciones contra él por los hechos de tercero.

El Código italiano, — artículo 554 — y el español, — artículo 577 — se han apartado completamente de tan excepcionales soluciones, y vuelto a la regla general de las relaciones de vecindad, que obliga a indemnizar por las consecuencias del uso del derecho de propiedad, cuando exceden los límites de las molestias ordinarias que hay que tolerar. Sus intérpretes admiten que las normales no deben ser indemnizadas, limitando así la generalidad de los términos del artículo. (Rieci, *Diritto civile*, 2, número 393).

Si algo resulta de la doctrina general de las relaciones de vecindad, cierto e indiscutible, (véase Jhering, *Restricciones de la propriété foncière* — *Œuvres choisies*, 2, página 103 y siguientes, *passim*) es que se debe indemnización en caso de reconstrucción de muros medianeros, y no medianeros, de acuerdo con las reglas, y sus limitaciones, establecidas para el uso del dominio, y ejercicio de los derechos que confiere. Artículos 2615, 2616, 2618, 2627, 3077, Código Civil.

En el sentido del artículo proyectado, Freitas, artículo 4396. Código Civil de México, artículos 964 y 965.

Art. 34. -- Se reproduce el artículo 2736, suprimiendo "una pared o", y sustituyéndolas por "un".

Se sustituye además "la extensión de la pared" por su extensión". Se suprime "de la pared", después de "porción del espesor". Se sustituye "el valor de la pared desde", por "el valor del muro con".

Art. 35. — Se reproduce el artículo 2740. Se le agregará, seguido: No puede preverse de los derechos de la medianería para embarazar las servidumbres con que su heredad está gravada.

Se suprime el artículo 2741.

Art. 36. — Se reproduce el artículo 2742, sustituyendo "En las campañas" por "En los predios rústicos"; "encerren" por "encerrasen"; "cerco alguno", por "cercas", y "cercos divisorios" por "cercas divisorias".

Art. 37. — Se reproduce el artículo 2744, sustituyendo "cercos", por "cercas".

Art. 38. — Se reproduce el artículo 2745, sustituyendo "cercos" por "cercas".

Art. 39. — Se sustituye el artículo 2738 por el siguiente:

Las disposiciones de este capítulo no se aplican a los bienes del dominio público. Se observarán respecto de ellos los reglamentos administrativos.

Art. 39. — Demolombe, 11, número 356; Laurent, 7, números 509|10; Baudry et Chauveau, Des biens, número 953.

Art. 40. — La adquisición de la medianería en los casos prevenidos anteriormente queda subordinada a su inscripción en el Registro de inmuebles, y al pago de su valor, si constase la deuda en la inscripción. También debe inscribirse el abandono de la medianería para que se produzcan sus efectos legales; esta disposición comprende la renuncia de que habla el artículo 2727.

En caso de construcción de muros o cercas divisorios, y en el expresado en el artículo 2725, la obligación de contribuir a los gastos comunes, no podrá hacerse efectiva en perjuicio de terceros si no se hubiera anotado preventivamente la deuda existente.

Art. 40. — De los artículos 2375, 2736, 2723, etc., ya resulta que la adquisición de la medianería depende del pago efectivo, y la liberación de las obligaciones para contribuir a establecerla, o mantenerla, del abandono. Véase, Demolombe, 11, número 374, bis y siguientes.

TITULO VII

De las acciones reales

Art. 1. — Las acciones reales tienen por objeto la declaración en juicio de la existencia, plenitud, y libertad de

Art. 1. — Bajo la apariencia de una simple modificación de texto, es profunda la rectificación de concepto que proyectamos en el sistema mismo del artículo 2756.

Tal como está redactado, las acciones reales, son solamente declarativas. Su objeto consiste en una sentencia que afirme o niegue su existencia y contenido. De las lesiones que haya experimentado el titular, en el derecho declarado, no se habla. No se menciona siquiera que sea efecto de la acción su cesación y restablecimiento de las cosas al estado que hubiera debido existir si el derecho pudiera haberse ejercitado libremente. Es, en una palabra, lo que el artículo contiene, una parte de la fórmula romana: la *intentio*; falta la conclusión. (Savigny, D. romain, página 93; (1) Dernburg, Pandette, I, § § 128 y 134.

(1) Si paret hominem quo de agitur ex jure Quiritium Auli Agerii esse neque is homo arbitrato tuo Aulo Agerio restituetur, quanti eas res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, si non paret, absolve. (Dernburg, Pandette, § 224, nota 4).

los derechos reales, a fin de impedir los hechos que se opongan o perturben su libre ejercicio.

Se suprime el artículo 2757.

Pronto veremos que esta observación tiene grave alcance. Pero, nos apresuramos a decir, que no es intencional en el código.

El artículo 2756, así como el 2757, son tomados de Freitas: artículos 3858 y 3859. Solo que en este el orden está invertido. El 3858 dice que "Acciones reales, como **derechos** son las de intentar 1º La reivindicación; 2º La acción confesoria; 3º La acción negatoria.

Y agrega, artículo 3859:

"Acciones reales como actos jurídicos por las cuales se ejercen **los derechos del artículo antecedente** son los medios de hacer declarar en juicio la existencia, plenitud, y libertad, de los derechos reales, **para los efectos declarados en este capítulo**".

La supresión de las frases subrayadas y la referencia expresa al artículo 3858, han alterado singularmente el carácter de la decisión de nuestro artículo 2756. En vez de ser las acciones reales, acciones de ejecución, de restablecimiento, son acciones simplemente declarativas, es decir, acciones prejudiciales, preparatorias de decisiones.

Decíamos que esa inadvertencia, seguramente no deliberada, tiene grave importancia en el derecho y doctrina modernos.

En el derecho alemán se ha desarrollado hasta tomar el carácter de una regla general, la teoría de la acción decla-

rativa (Feststellung). Llena el campo entero de la legislación. Por ella, se pide la declaración en juicio, de "la existencia, libertad y plenitud de un derecho" sin conclusión relativa a una entrega o abstención.

Y a su vez, la acción de reivindicación, § 985, la negatoria, § 1004, la confesoria, § 1027, son organizadas por el Código Civil alemán, como simples acciones para obtener decisiones de hecho: no son declarativas del derecho que las funda. No significa esto que el Juez no debe examinar el derecho de las partes, pero lo hace solamente para fundar sus conclusiones. Es el motivo de su decisión, pero no es la decisión. No constituye cosa juzgada.

Es una modificación del código alemán: hasta él, el derecho romano, y el prusiano daban a la acción real el carácter de ejecutiva y de declarativa. La decisión incluía resolución sobre el estado de derecho, y condenaba a la restitución, la indemnización, o la abstención de los hechos lesivos de aquél.

Los Motivos de ese código, no exponen ninguno para fundar la distinción. Se refieren a la teoría general de la acción de afirmación (declarativa). Y agregan: "Con la demanda por restitución de la cosa puede unirse un pedido sobre la cuestión de propiedad que decida una sentencia de afirmación. Una petición de ese carácter constituye el presupuesto necesario para el correspondiente alcance del efecto jurídico de la sentencia; ni está justificado establecer una presunción legal de tal petición, ni constituye una especia-

lidad determinarla en vista de una sentencia sobre reivindicación''. Motive, III, página 396.

Se ve que no es reforma al derecho anterior que se funde en un motivo especial, sino el de ajustarse a la teoría general de las acciones de afirmación, librando a la parte la decisión de lo que mejor le convenga hacer.

Así, dice Dernburg — Das bürgerliche recht, III, § 119, número 6, — que no parece aprobar, ni poco, ni mucho, la nueva decisión, "Los procuradores unirán naturalmente la acción declarativa de propiedad con la de restitución. Los legos que acuden a los Tribunales, lo omitirán fácilmente, con lo cual cuando pierdan otra vez la posesión podrán obtener indeseadas consecuencias".

No creemos conveniente semejante dualidad. La resolución abstracta sobre existencia, o libertad de un derecho real no tiene un objeto que autorice una acción en juicio. Para que haya base de una demanda es necesario que el demandado en una forma cualquiera haya efectuado un hecho que constituya obstáculo, o perjuicio para el ejercicio del derecho real.

El carácter esencial de éste, es precisamente que se ejerce directamente sobre una cosa. No se concibe qué se puede demandar de tercero, si no se le imputa alguna intervención lesiva. El que, por ejemplo, ha realizado hechos de turbación o despojo de un inmueble, y ha sido condenado en la acción posesoria, no puede ser objeto de la acción de reivindicación puesto que el propietario posee. Pero su pretensión perjudica a éste: levanta dudas en los terceros; por ejemplo: no

puede hipotecar. Debe tener acción el dueño para hacer declarar en juicio, su derecho, y no depender de la reivindicación que el vencido no deduce. (Staudinger, sobre el § 985).

Bajo ese punto de vista, es perfectamente claro que su derecho queda perjudicado por la pretensión antes alegada, y debe tener acción para hacer constar la inexistencia del derecho pretendido. Esa perturbación de su poder de libre disposición, autoriza la acción negatoria, pero se funda, como lo dice el artículo que proyectamos, en una turbación del libre ejercicio de los derechos constitutivos de la propiedad, como la turbación de la posesión autoriza la acción posesoria.

En el derecho actual se obtendría el mismo resultado por la acción de jactancia, y el perjudicado, por su medio, conservaría la posición de demandado. Pero por el derecho nuevo derivado de la institución del Registro, el propietario inscrito, y como él todos los titulares de derechos reales, tienen por el hecho de la inscripción la presunción de que les pertenecen, y por consecuencia, la acción negatoria les permite sin inconveniente proceder directamente al establecimiento de la controversia de que resultará la decisión que declarará "la existencia, plenitud y libertad", de su derecho.

La solución era ya admitida por el derecho romano. La acción negatoria se concedía en el caso de simples pretensiones aunque no seguidas de hechos que perturbaran el ejercicio de los derechos reales. La reivindicatoria se daba en caso de desposesión; la negatoria comprendía todas las otras lesiones o perturbaciones, por la simple razón de que el

derecho real es constituido por facultades que exigen la abstención de los terceros.

Hemos visto ya aplicada en un título anterior la acción negatoria contra las constancias del registro, para obtener la cancelación o la rectificación de sus asientos. Su aplicación es mucho mayor. Todos los casos de relaciones de vecindad que lastimen el derecho del propietario, o usufructuario, etc., como los de pretensión a servidumbres, o las pretensiones a derechos de uso, anticresis, y otros semejantes, caen dentro de la misma regla. (Motive, III, página 422 y siguientes).

Pero, cuando la invasión es brutal, cuando se impide el ejercicio de la propiedad, cuando se alza el inquilino, o el vecino levanta construcciones con vistas prohibidas sobre el fundo ajeno, ¿por qué dividir el alcance de la sentencia? ¿Por qué no ha de ser declarativa y ejecutiva? Nada se saca con restablecer la situación de hecho, después de discutir y probar el derecho que la sentencia reconoce como fundamento de la decisión, y que, sin embargo, no comprende la declaración de la existencia de ese derecho. Nada se obtiene con dejar la puerta abierta para futuras cuestiones.

La rectificación del texto de nuestro artículo tiene por fin impedir que se introduzca en nuestro derecho la distinción del derecho alemán que, sin embargo, es la que resulta del descuido en las redacciones de los artículos 2756 (Feststellung Klage) y 2758, 2795 y 2800.

Todas las ventajas del sistema alemán se obtienen con nuestra proyectada redacción, y creemos que con ella se evi-

Art. 2. — Se sustituyen los artículos 2758 y 2772, por el siguiente:

tan los inconvenientes señalados de él, que tan fríos deja a sus expositores, al grado de explicarlo, sin una palabra de aprobación.

En cuanto a la supresión del artículo 2757, debemos decir que es también un artículo mal redactado y mal concebido. Las acciones vindicatorias no nacen solo del dominio. También las tienen los hipotecarios, prendarios, usufructuarios, etc. Artículo 2772, Código Civil.

Art. 2. — El derecho de propiedad, y los otros reales que se ejercen por la posesión de una cosa, porque lo son, confieren poder para excluir a toda persona que impide su ejercicio. La reivindicación compete a los que tienen derecho sobre el bien, sin tener su posesión, contra los que tienen la posesión sin derecho a él: artículo 2772.

No es, por consiguiente, el dominio el único derecho que autoriza la reivindicación. También el usufructuario, el usuario — artículos 2863, 2876 y 2950 — el prendario, — artículo 3227 — el anticresista, — artículos 3239 y 3254 — tienen derechos sobre la cosa, directos, no dependientes de intermediario alguno, que les autorizan para poseer las cosas sobre que han sido establecidos. Si por cualquier circunstancia han perdido esa posesión, tienen acción real para reivindicarla. Esta acción, lejos de ser peculiar del dominio, puede existir contra el propietario de parte de los titulares de derechos reales, que el dueño impide ejercer. § § 1017, 1027,

El propietario puede exigir del poseedor la restitución de la cosa.

1065, 1090, 1227, Código alemán. Freitas, artículo 3868 — Planck, observaciones preliminares al § 985, número 3.

La naturaleza del derecho real, impone, pues, la acción directa contra cualquiera que se apodere de un bien e impide el ejercicio de aquel en cuanto a su uso o goce.

Si es así, también procede a favor del acreedor hipotecario. No precisamente para que use de la cosa, pero si para hacer efectiva la acción hipotecaria en el bien que un tercero pretende ser suyo, o con derecho de poseerlo, en cualquier medida, arrogándose derechos limitativos o excluyentes de la plena posesión del bien afectado. Si desconoce la constitución de la hipoteca, o su subsistencia, o pretende que es usufructuario, o anticresista, etc., procede contra él la acción reivindicatoria del hipotecario.

Es claro que en todas las hipótesis la acción reivindicatoria solo se ejerce en la medida necesaria para el pleno uso del derecho que la funda. El usufructuario la usará para usufructuar: no puede reclamar la nuda propiedad. El prendario, solo para reintegrarse en su posesión. El hipotecario, para conseguir el uso sin obstáculo de la acción hipotecaria, esto es, la venta del bien libre de toda otra posesión.

Pero esto no es peculiar de los derechos reales sobre cosa ajena. También el dueño debe limitar la reivindicación respetando los derechos que ha constituido. Así, deduce la acción contra el usufructuario que se alza contra él desconociendo su derecho a la nuda propiedad, y lo mismo en

Compete, asimismo, la acción a todos los titulares de derechos reales que se ejercen por la posesión.

Puede intentarla el acreedor hipotecario.

todos los casos de interversión de título que pretende realizar el poseedor inmediato.

El artículo 2758 dice que la reivindicación es una acción que se da contra el que se encuentra en posesión de una cosa. Lo grave es que su redacción constituye una definición, y, por consiguiente, es determinante de la extensión de la noción definida.

Pero posesión significa según otra definición — ya se advierten los inconvenientes de las definiciones legislativas, — artículos 2351 y 2352, — poder a título de dueño, con *animus domini*: la tenencia no es posesión “aunque la ocupación de la cosa repose sobre un derecho”.

Sorprende, por consecuencia, que la nota al artículo 2758, nos diga ahora que la vindicatoria se da contra cualquier mero tenedor y hasta contra quien “la posee a nombre del propietario”.

Las notas no pueden enmendar disposiciones precisas de la ley. Y sí, lo que es exacto, se da la reivindicación contra cualquier tenedor o expoliador, no debió disponer el texto legal mismo, sino lo que en la nota se explica.

Pero lo que no es exacto en el derecho vigente, lo es en nuestro proyecto. Es poseedor todo el que ejerce un poder efectivo sobre una cosa. Si reconoce o desconoce un derecho ajeno, es indiferente.

Razón tenían los romanos en conceder en tal caso la acción contra cualquiera que de hecho retuviera la cosa. Hasta en el célebre "uno casu" de la Instituta (§ 2, 4 y 6). Porque el obstáculo al libre ejercicio del derecho de usar y gozar conexo con la propiedad, es impedido tanto por el que pretende derecho de dominio, como por el que no pretende ninguno, real, o personal. Sería absurdo que la acción se detuviera delante del que manifestara no invocar título ninguno, porque sería el medio infalible de burlarse del reivindicante, precisamente cuando no hay derecho que oponerle.

De ahí una grave consecuencia: la acción no se descalifica cuando el demandado reconoce, o no controvierte el derecho real alegado. Al contrario: se hace efectiva la demanda. No es, por consiguiente, precisamente exacto que la acción real solo es caracterizada por la naturaleza de la cuestión planteada, como podría interpretarse de la fórmula incompleta de nuestro artículo 2756. Al contrario, cuando no se pretende derecho opuesto al del actor, o cuando se le reconoce, aparece manifiesto el derecho real impedido en su ejercicio, y la sentencia condenatoria resulta del hecho de que el dominio reconocido comprende todo poder sobre la cosa.

Nuestro proyectado artículo habla de poseedor. Por consiguiente, la acción no procede contra los agentes o servidores de la posesión que según lo explicamos en su lugar, no son poseedores.

Art. 3. — Se suprime el artículo 2759.

Se reproducen los artículos 2760 y 2763. El segundo constituirá un segundo párrafo del primero.

Art. 4. — Se reproduce el artículo 2762.

Art. 5. — Se suprime el artículo 2761.

Se reproduce el 2764.

Art. 6. — Se reproduce el artículo 2774.

Se suprime el 2773.

Art. 5. — En el título del condominio están tratadas las distintas hipótesis sobre reivindicación en caso de condominio. El artículo 2761 es innecesario.

No creemos deber modificar el artículo 2764, no obstante el error que la nota contiene sobre la imposibilidad, dice, de reivindicar cantidades de cosas, porque el texto nada contiene sobre ellas. Pero las cantidades de cosas y todas las genéricas pueden ser identificadas y, por consiguiente, reivindicadas en muchas hipótesis. El trigo embolsado, cargado en un wagón, o guardado en un depósito, o transportado en un buque, y las mercaderías existentes en la Aduana, pueden perfectamente ser reivindicadas. No son créditos solamente. Son objeto de propiedad particular: quedan dentro de la regla general. Las cosas inciertas, se convierten en determinadas por la concentración, como efecto de la elección según las reglas mismas del código: artículos 603 y 609.

Art. 6. — Se suprime el artículo 2773, porque es inútil, puesto que la acción de reivindicación no se da sino contra el poseedor: artículos 2758 y 2772: artículo 2 proyectado.

Art. 7. — El poseedor puede rehusar la entrega de la cosa cuando él, o el poseedor mediato de quien emana su derecho, tiene contra el reivindicante el de poseerla, sea derecho real, sea personal.

Si el poseedor mediato no tenía derecho respecto del reivindicante para entregar la cosa al poseedor, puede el demandante exigir de éste su devolución al poseedor mediato, o si el último no quisiera o pudiera hacerse cargo del bien, demandarla para sí mismo el actor.

Art. 8. — Cuando se hubiera transferido un derecho real sobre una cosa mueble por medio de la cesión del derecho a su entrega, puede oponer su poseedor al reivindicante las excepciones que le competen contra el derecho cedido.

Art. 7. — § 986, Código alemán. En cuanto al segundo párrafo, cuando, por ejemplo, el que ejerce el derecho de retención, o el acreedor prendario, o el locatario a quien por su contrato le es prohibido sub-arrendar, hubieran entregado las cosas a comodatarios, depositarios, o locatarios, la reivindicación no puede detenerse ante semejantes hechos irregulares.

Art. 8. — § 986, Código alemán.

Art. 9. — El poseedor demandado que tuviese una posesión en común con terceros, o reconociese un poseedor mediato, está obligado a manifestarlo declarando su nombre y residencia a fin de que sean citados para su intervención en el juicio. Si los citados compareciesen, el primitivo demandado podrá continuar en el juicio en defensa de su derecho, o cesar en su intervención. La sentencia que se dicte constituirá, en todos los casos, cosa juzgada respecto de él.

Art. 10. — Si los citados negasen o no confirmasen lo

Arts. 9 y 10. — Estos artículos sustituyen el 2782 vigente.

Desde que la reivindicación puede intentarse, según el código mismo, contra los simples tenedores, — artículo 2782, y nota al 2758, — y esto es esencial en el sistema que hemos proyectado para la posesión, es claro que, si hay la obligación de manifestar en que carácter posee el demandado, y quienes son los coposeedores, o poseedores mediatos, es también evidente que el inmediato tiene perfecto derecho para intervenir en el juicio en defensa del suyo, comparezcan o no los poseedores de quienes lo deriva. Si no le interesa la defensa propia, no está obligado a efectuar la ajena. Pero la sentencia produce efecto contra él, porque ha sido puesto por la demanda en situación de defenderse y la acción va contra cualquier poseedor que impide el ejercicio del derecho real.

La posesión mediata debe ser dada desde que los terceros citados como ejerciéndola por conducto del demandado, no confirman su dicho, o no se defienden, esto es, no contro-

manifestado por el demandado, o si dejasen de poseer transmitiendo sus derechos después de la citación, o dijese haberlos transmitido antes, y la transmisión no estuviera regis-

virtien la pretensión, artículo 7 proyectado. La del poseedor inmediato limitada a su tenencia, no impide el resultado derivado de esa limitación, esto es, la falta de controversia sobre la posesión mediata, si esta no queda envuelta en la alegación de que el derecho del demandado procede del de su autor. El usufructuario, por ejemplo, en virtud de un testamento, no deriva su derecho del heredero del causante, y en presencia de la deserción de éste ante la reivindicación del legatario constituido por el mismo testamento, no puede impedir la posesión mediata del reivindicante.

Se advierten las profundas diferencias que separan nuestros proyectados artículos del actual 2782.

Decimos que si los terceros no confirman lo manifestado por el poseedor demandado, éste puede defender su derecho, y que la sentencia se dicta, lo que no debe depender de la inacción de los citados.

El artículo 2783, así lo autoriza pero para el caso de que el poseedor mediato niegue la posesión que se le atribuye. Es demasiada casuística. El que citado, — por consiguiente, interpelado, — permanece en silencio, debe, según las reglas generales pronunciarse sobre el carácter que se le atribuye. En el caso, es de buen sentido considerársele como en el supuesto mismo del artículo 2783, porque no cabe otra interpretación de su inacción ante la reivindicación deducida.

trada, sea por inscripción, sea por prenotación, se dará la posesión al reivindicante, mediata, o inmediata, según que

Por último. Según el artículo 2785, la acción procede contra el que por dolo "o hecho suyo" agrega, dejó de poseer para dificultar la reivindicación. Si, por consiguiente, pretende que cedió sus derechos a tercero, se encuentra en el caso previsto, porque el poseedor ha declarado poseer por él, o de él, y por consiguiente, si se pretende que se han transferido derechos a tercero, no se posee a su nombre. y no ejerce la posesión.

Es frecuente esta manifestación para turbar la acción del reivindicante, y la regla romana que el artículo 2785 reproduce debe aplicarse en todas las hipótesis en que el poseedor mediato en cuyo nombre, o por cuyo derecho, se posee, manifieste haber trasferido sus derechos, a quien sin embargo, no posee.

Cuando, la transmisión ha sido registrada, por inscripción, o prenotación, la situación es distinta y nuestro artículo así lo dispone. El efecto de la publicidad reemplaza a la tradición. Si no lo fué, la posesión no ha sido transferida, y la acción real presupone esencialmente, su deducción contra el poseedor efectivo.

El artículo 2783, se suprime porque es inútil. La acción de reivindicación se da contra el que posee, porque es el que impide el ejercicio del derecho real. Presupone, por consiguiente, y lo dicen los artículos 2758 y 2772, dos condiciones: afirmación del derecho real, y afirmación de la posesión en el demandado. Negadas una u otra, hay que probarlas.

el demandado opusiera, o no, su derecho a la posesión inmediata o por parte indivisa.

Se suprime el artículo 2783.

Si se demuestra que el demandado, aunque lo niegue, tiene la posesión, estamos en el caso general. Si no se demuestra también estamos en él. Todo está dicho en el artículo 2757.

Pero el artículo suprimido además de inútil, es peligroso.

Acabamos de decir, que si el poseedor mediato niega o no confirma, o manifiesta haber cedido la posesión que se le atribuye, puede darse inmediatamente la que reclama el reivindicante en cuanto a él se refiere.

Según se entienda el artículo 2783 puede dar lugar a duda de si todavía se requiere prueba de que posee.

El poseedor mediato dice que no posee. Si lo dice está fuera del juicio. Se le citó y no quiso intervenir. ¿Para qué otra demostración de que no es poseedor? ¿No basta su conducta? No hay otro poseedor mediato, desde que el inmediato posee a título del nombrado, y no de tercero.

El artículo 2783, es reflejo de la teoría del *animus domini*, y la reivindicación se da también contra quien posee sin él. La sentencia debe dictarse. Y si hay tercero a quien en verdad, se transfirieron derechos, no ejerce la posesión. Que reivindique si quiere. Es esa la solución secular, desde el derecho romano. (Molitor, Possession, De la revindicación, número 9). No hay cosa juzgada, frente a él: ha perdido, sin embargo, la posesión y los papeles se han invertido: será demandante, y el antiguo reivindicante, demandado. — Véase, además, Dernburg, Pandette, II, § 225; artículo 76. Código alemán de Procedimientos Civiles.

Art. 11. — Se reproduce el artículo 2784, al cual se agregará el 2785, como segundo párrafo, modificado así:

Esta disposición se aplica al que por dolo, o hecho suyo, ha dejado de poseer para dificultar o imposibilitar la reivindicación.

Art. 12. — Se reproduce el artículo 2773.

Art. 13. — Se reproduce el artículo 2787, modificado así:

Las acciones accesorias de la reivindicatoria por restitución de los frutos o productos que procedan contra el poseedor, así como por los daños que haya causado en la cosa, pueden intentarse contra los herederos por su parte en la sucesión.

Art. 11. — Se modifica el artículo 2785, porque es de evidencia que la restitución, esencial en la reivindicación, no puede obtenerse de quien dejó de poseer. Se trata solamente de la acción de daño derivada de su mala fe: esa acción es personal, y se da contra los herederos, aunque no posean: artículos 2787 y 2773.

Art. 13. — No es solamente el poseedor de mala fe el que debe restituir frutos: todos los deben a partir de la demanda: artículo 2433. Tampoco es exclusiva de él, la indemnización por deterioros: artículos 2429 y 2431. Ni el de restituir los productos que no son frutos, según distinciones que han sido expuestas en otra parte. El principio de la acción personal por indemnización que, por serlo, puede intentarse contra los herederos, es general: artículos 2784[5, etc.

Art. 14. — La acción de reivindicación se da contra el poseedor que está obligado a restituir la cosa, o que la hubo,

Art. 14. — La situación de un reivindicante es muy distinta según que se trate de un poseedor que tiene el bien directamente de él, por un título precario, o inválido, o sometido a rescisión o resolución. Ni aún registrado, la inscripción convalida el acto, según se ha dispuesto en otra parte de este proyecto.

Y también, es diferente en cuanto a adquirentes posteriores, según que puedan invocar la fe pública derivada del Registro, o no.

En el título III, se han establecido los casos en que no procede la reivindicación. En los demás, se vuelve a la regla. Por consiguiente, procede la reivindicación cuando no hay inscripción que pueda invocarse, cuando, aunque la haya, el tercero adquiere a título gratuito, o en los demás casos exceptuados. No basta, sin embargo, que el acto de adquisición del actual poseedor sea gratuito, si procede de autor que no está sujeto a la acción de reivindicación.

Las reglas de este artículo 14, proveen, pues, a la situación no comprendida dentro de las previsiones del título III. Pero conviene advertir que no se trata de reglas supletorias para interpretar las disposiciones de aquel, de modo que en caso de duda se entiendan aplicables las presentes para resolverla. Se trata de disposiciones contemporáneas, de dos preceptos tan principales uno como otro, cuya interpretación se hace según los principios generales de aplicación de las leyes de un mismo código.

aunque fuese de buena fe, por un título nulo o anulable, del reivindicante, o su autor.

Del artículo 14, resulta que procede la reivindicación contra terceros que no pueden ampararse de la presunción derivada de la inscripción.

No debe, en tal hipótesis, considerarse otra situación legal que la del principio fundamental: la propiedad se adquiere, o por modos originarios, o por modos derivados. Si, por consiguiente, se está en el segundo caso, nadie puede adquirir sino lo transmitido, esto es, el derecho tal como existía, y no mejor y más extenso que él. No es, por consiguiente, de distinguir entre poseedores de buena o de mala fe, porque el derecho no se ha alterado por la creencia del poseedor: la posesión — salva las reglas modificativas para hipótesis dadas, — no es generadora del derecho real inexistente.

Tampoco importa saber si se ha adquirido a título oneroso o gratuito. Porque las donaciones y la herencia son causa de transmisión perfectas, como los otros hechos jurídicos, y si el derecho existía o no, es cuestión intacta por la naturaleza del acto generador.

Estas simples observaciones demuestran por qué suprimimos las condiciones y distinciones de los artículos 2776, 2777 y 2778.

La simple lectura de ellos, ya demuestra, que no constituyen disposiciones completas. Preven supuestos, y omiten los restantes. Baste decir que tomados de Freitas, suprimieron el artículo 3880 y siguientes de su proyecto, que continuaban la extrema casuística de los reproducidos, y llenaban

Procede también contra el poseedor actual que la hubo de un enajenante contra el que procedía la acción salvo lo prevenido en el título III de este Libro (proyectado) res-

las hipótesis no previstas por el nuestro. Y para mayor confusión se establecía por nuestro artículo 1051 con carácter de principio general no templado por limitaciones, el de la nulidad de las transmisiones resultantes de un acto nulo o anulado aunque lo fueran en virtud de causas no ostensibles, y dependientes de investigaciones de hechos. Y para mayor dificultad, el proyecto de Freitas establecía el Registro inmobiliario, de que resultaba protección para los adquirentes, y nuestro código, la tradición, es decir, la clandestinidad, y la sorpresa.

De todas maneras, los artículos 2777 y 2778, no nos dan reglas suficientes, ni plausibles.

No nos dice el primero si su hipótesis es la misma del artículo 2776. Si lo es, se trata siempre de adquirentes de personas obligadas a restituir, y es indiferente la buena fe del tercero, si era de mala fe el enajenante. Si los dos son de buena fe, procede la reivindicación si el acto fué a título gratuito.

¿Y si fué a título oneroso? Queda el caso regido por el artículo 1051. Se ve la incongruencia: tanto da que haya buena fe como que exista mala fe, y donación como venta. ¿Para qué, pues, tantas distinciones si la regla ha de comprender a los inmuebles?

Omitimos examinar la otra hipótesis. Si el artículo 2777 no se refiere al anterior, mayor es el motivo de objeción,

pecto de los adquirentes de derechos sobre inmuebles, a título oneroso y de buena fe.

Se suprimen los artículos 2776, 2777 y 2778.

porque ¿qué se decide sobre el poseedor que “de buena fe, adquirió de enajenante de mala fe que no derivaba su título del reivindicante? ¿Y si esto queda dentro de las reglas generales para qué distinguir como tanto distingue el artículo? Si el reivindicante tiene título suficiente, suyo es el bien, sea el enajenante de buena fe, o de la peor posible, y sea el poseedor de mala fe, y por título gratuito. Y si no lo tiene será rechazada su acción en toda hipótesis.

Nuestro artículo rectifica la dirección general de las soluciones derivadas de un sistema decapitado por las omisiones, por la adopción del artículo 1051, y por la exclusión del sistema de Registro de inmuebles. Y la sustituye, por otro claro y conexo con las reglas de los artículos 1051, 2363, 2789 y siguientes, en virtud de las razones que pasamos a exponer.

El Registro no es obligatorio. Indirectamente se obliga al interesado, a efectuarlo, concediendo a la inscripción ventajas de que no goza el que no la realiza.

Y precisamente por eso es que no deben asimilarse las situaciones en que pueden encontrarse actor y demandado.

Si el reivindicante está inscrito, tiene una doble presunción en su favor. Se presume que es suyo el bien, y además que el poseedor no inscrito, no tiene derecho real alguno que le competa.

Art. 15. — Se reproduce el artículo 2779, con supresión de las palabras “según los artículos anteriores”, y sustitución de “corresponde” por “procede”.

Art. 16. — Se reproduce el artículo 2780.

Art. 17. — Se reproduce el artículo 2788. Se le agre-

4

Si el poseedor está inscrito, y el actor no, la acción que procede es la negatoria, de rectificación del Registro. También aquí hay que probar la base de la acción.

Si ni uno, ni otro, están inscritos, — hemos dicho que el registro no es obligatorio, — el artículo 2363, recibe su plena aplicación: **possideo quia possideo.**

Hay, por consiguiente, que probar el derecho alegado.

Si se prueba que el poseedor deriva su posesión del actor, — o de su autor dice el artículo proyectado, puesto que la reivindicación es cesible y transmisible, artículo 1444 y nota al 1445 — y está obligado a la restitución, o si el acto de constitución era nulo, o anulable, — y no anulado, como dice el artículo 2778, pues no es necesaria la anulación previa, — procede la reivindicación, porque el poseedor no tiene derecho distinto del transmitido por el que no lo poseía sobre la cosa.

Sí, al contrario, no se trata de posesión derivada del derecho del reivindicante, el poseedor se encuentra en el supuesto general del artículo 2363, y el actor debe justificar su derecho real alegado suficiente para reintegrarlo en la posesión del bien reivindicado. Y esto, sean enajenante y adquirente de buena o de mala fe, y la transmisión efectuada a título oneroso o gratuito.

gará, en período continuo, el artículo 2786, con supresión de las palabras: "sobre que versa la reivindicación".

Art. 18. — Con la acción de reivindicación pueden deducirse todas las personales que competan por razón del acto ilícito cometido contra el reivindicante, las de indemnización por los deterioros que el poseedor ha causado en la cosa, y la de restitución de los frutos y productos cuya propiedad no le corresponde según lo dispuesto por este código.

Son esas las reglas procedentes, en virtud de su aplicación general por efecto de la de que no hay propiedad derivada, sino cuando existe en el enajenante y se transmite válidamente al adquirente.

Las excepciones, muy particularmente las relativas a la propiedad y transmisión de cosas muebles, constituyen desviación del principio mismo. Cuando se está fuera de ellas, se vuelve a la regla general que nuestro artículo 14, expresa.

Por eso suprimimos todas las disposiciones de los artículos 2776, 2777 y 2778, en cuanto se alejan del principio. En el fondo, se salva siempre la situación del adquirente de buena fe, porque esta no puede coexistir con la falta de inscripción del derecho adquirido que, a su vez, requiere la del derecho de que deriva.

Quedaría, todavía, por considerar la situación de dos derechos antagónicos inscritos. Pero es ese caso de la acción de rectificación del Registro, ya previsto en un título anterior.

Art. 19. — Se sustituyen los artículos 2433 y 2439, por el siguiente:

El poseedor que ha sido condenado a restituir la cosa, o a pagar el equivalente de la reivindicación, será también condenado a abonar los frutos percibidos desde la notificación de la demanda, aunque el actor no los hubiera pedido, a menos que este por la naturaleza de su derecho no lo tuviera a los frutos.

La condenación se extenderá al valor de los frutos que no se hubieran percibido durante el expresado período, por negligencia del poseedor, pero si este fuese de buena fe, no se comprenderán los que el reivindicante hubiera podido percibir. Si fuese de mala fe, abonará los frutos civiles que el reivindicante hubiera podido obtener de la cosa no fructífera.

Art. 20. — Se suprimen los artículos 2434 y 2436.

Se modifica el 2435, así:

Art. 19. — Los artículos sustituidos, en parte. Es el efecto de la cosa juzgada declarativa. Reproduce el estado de cosas que existía en el momento de la notificación de la demanda. Los frutos posteriores deben ser restituidos, aún sin reclamo particular de ellos. Demolombe, 9, número 632. — Molitor, De la révendication, números 15, 16 y 19, funda la diferente solución respecto de frutos anteriores, y posteriores a la demanda.

Art. 20. — Existe en los tres artículos 2434, 2435 y 2436, una confusión que es menester disipar.

El poseedor de mala fe condenado por la sentencia es responsable de la ruina o deterioro de la cosa aunque fuera

No es cierto — y categóricamente lo dice la nota al artículo 2433 — que el poseedor de mala fe, responde de la pérdida o deterioro de la cosa, causados por caso fortuito, sino cuando se han producido, después de notificado de la demanda, y no, como lo dice, para todos los casos el artículo 2435.

No es cierto tampoco, que “también” cesa la buena fe del poseedor para los efectos del artículo 2433, cuando tuvo conocimiento del vicio de su posesión. Porque eso está desautorizado por el texto mismo del artículo 2433. ¿Acaso la demanda no se lo hizo conocer? Y si es así, mal ha dejado de ser poseedor de buena fe en cuanto a la responsabilidad por la pérdida, y por todos los frutos a que el artículo 2435 y el 2439, obliga a indemnizar por el poseedor de mala fe.

Todo eso, decimos, es el resultado de una desinteligencia de las explicaciones de Molitor, que la nota al artículo 2433, dice adoptar como fundamento de éste, y que, por consiguiente, desautorizan los que suprimimos y modificamos por el artículo 20.

No es cierto en derecho romano, — como, sin embargo, lo afirma Proudhon, en el pasaje citado en la nota al artículo 2434, — que deja de ser de buena fe el poseedor por el hecho de tener conocimiento del vicio de su posesión lo que es forzoso por la notificación de la demanda. Y, si en la percepción de frutos, es menester, en cada acto, tener buena fe (artículo 2358), no es el mismo principio aplicable

causada por caso fortuito posterior a la notificación de la demanda, si la pérdida o deterioro no hubiera ocurrido igualmente en poder del reivindicante.

a los demás efectos del conocimiento, según las leyes romanas lo establecían para la usucapión, y para los hechos de la pérdida o menoscabo de la cosa poseída, y lo dispone nuestro artículo 2433.

Molitor, de quien se tomó la nota al artículo citado, ha demostrado sin dejar lugar a duda, — De la révindicacion, número 19, — y lo repite esa nota, los puntos siguientes:

1º El poseedor de buena fe, no se convierte en tenedor de mala fe, por efecto de la demanda, ni los de la mora le son aplicables;

2º El poseedor de mala fe, no está en mora por su efecto, y no incurre en las responsabilidades de ella, sobre frutos, y riesgos, sino a partir de la notificación de la demanda;

3º Solo está en mora ex re el poseedor delictuoso.

Y se comprende. El poseedor de buena fe, aunque la demanda sea declarada procedente por la sentencia, ha podido creer justificada su opinión fundada en los hechos que calificaron su posesión y que no eran exactos los alegados por el actor: ¡Habent sua sidera lites! La ley entiende no impedirle la libertad de su defensa, castigándole con las consecuencias de la mala fe, en caso de pérdida del litigio: Qui sine dolo malo ad iudicium provocat, non videtur moram facere, decía Juliano. Ley 63, 50, 17, D. Y Paulo, lo confirmaba: Nec enim debet possessor aut mortalitatem præ

stare, aut propter metum huius periculi temere indefensum jus suum relinquere. L. 40, 5, 3, D.

Elevar, por consiguiente, como lo hace el artículo 2434, a regla general, que cesa la buena fe, para los casos resueltos por el 2433, por el hecho solo de conocer, simplemente conocer, la existencia efectiva o alegada de un vicio en su posesión, es un principio evidentemente excesivo e injusto. ¡propter metum huius periculi temere indefensum jus suum relinquere!

En cuanto al poseedor de mala fe, también es inexacto nuestro artículo 2435. No está, ni puede estar en mora sino cuando ha entrado en posesión por un hecho ilícito. En los demás casos, solo está en ella por la demanda, esto es, por la interpelación judicial, y su resistencia injusta a restituir, hecha sin ilusión sobre su derecho, desde que sabe a que atenerse.

Y si solo desde la demanda está en mora. ¿cómo puede ser responsable de la pérdida fortuita antes de ella? Solo después. Por eso es contradictorio de lo explicado en la nota al artículo 2433, lo que resuelve el 2435, como principio general, y es resolución de hipótesis restringida. (Savigny, Droit romain, 6^o, página 17. Molitor, loc. cit.).

Nos queda el caso del artículo 2436. Es particular para el poseedor vicioso. Es célebre la discusión sobre el punto. (Véase: Savigny, Droit romain, 6, § 273, II; Windscheid, II, § 280, número 2, y nota 14; Dernburg II, § 41, número 1, y nota 1; Molitor, números 18 y 19). Pero no nos interesa seguirla en el Derecho romano.

En este se consideraba que el poseedor en virtud de hechos ilícitos estaba en mora desde el comienzo de su posesión. Respondía, por consiguiente, por el caso fortuito. Así lo hemos proyectado en el Libro II. Pero, se aplicaba otra solución. Se declaraba que aunque la pérdida se hubiera realizado en poder del acreedor, el poseedor era responsable de ella. Y esto no era ya consecuencia de la mora: era una ampliación de orden penal. Era un castigo.

Ahora bien. El derecho moderno no admite esta promiscuidad del penal y del civil. La pena es el castigo del orden de la delincuencia, y se mide por el carácter de ésta. La indemnización es del orden civil. Se mide por el perjuicio causado.

Se establece la regla de que el deudor que indebidamente resiste el cumplimiento de sus obligaciones, responde de la pérdida sufrida por el acreedor por efecto de la resistencia. Si el objeto se menoscaba o destruye en poder del deudor se declara que este responde por ello aunque sea por hecho ajeno a él. Pero es claro que si es el perjuicio lo que causa la responsabilidad, debe esta cesar cuando no es causado por la resistencia, de modo que desaparece si en poder del acreedor hubiera ocurrido lo mismo.

¿Por qué debe, pues, el poseedor vicioso la indemnización de un daño que no proviene de su mora? No es causado entonces, por él. ¿Por qué debe indemnización? ¿A título penal? Ya se aplica la pena por el hecho. La indemnización es, pues, otra que se acumula, y la extiende sin motivo, a lo que no es castigo, sino reintegración de lo debido.

Art. 21. — En reemplazo de los artículos 2427, 2430, 2440, 2441, 2442, 2443 y 2444, el siguiente:

La solución es arbitraria. El Código alemán § 992, deja el caso dentro de la regla general para los actos ilícitos, esto es, la del § 848, es decir, dentro de la responsabilidad del caso fortuito, según la regla general de la mora. No constituye excepción para ellos, porque la responsabilidad por los hechos ilícitos no puede ir más allá de la indemnización por el daño que proviene del apoderamiento, y no del ajeno a él.

En resumen: a) el poseedor de mala fe no hace suyos los frutos percibidos, desde el principio de su posesión, si ya entonces lo era, y desde su mala fe posterior, si es sobreveniente: artículos 2358, 2438 y 2439;

b) No responde del caso fortuito, sino cuando es posterior a la notificación de la demanda. Responde de su culpa, en la explotación de la cosa y su deterioro y pérdida;

c) La buena fe no se descalifica por el simple conocimiento o noticia de un derecho opuesto, sino por un conjunto de circunstancias incompatibles con una creencia plausible de la legitimidad del que se ejerce;

d) Cuando la pérdida o deterioro de la cosa hubiera acaecido por caso fortuito en poder del poseedor, se aplican las reglas de la mora, sin distinguir si el poseedor es vicioso, o no: artículo 789.

Art. 21. — El código contiene múltiples decisiones en títulos diversos sobre mejoras. Del conjunto de ellas resulta que, como en el derecho francés, hay que distinguir entre

Los gastos necesarios o útiles serán pagados al poseedor condenado a la restitución.

Son gastos necesarios o útiles los pagos por impuestos extraordinarios sobre el bien y por las hipotecas o impuestos que lo gravaban cuando entró en la posesión el poseedor o su autor.

impensas hechas en el bien mismo según el estado en que se encontraba al iniciarse la posesión y las mejoras que consisten en construcciones, o trabajos nuevos, unas y otras, necesarias o útiles.

No estamos muy convencidos de que se haya terido presente esta distinción que es forzosa, dadas las categorías prescripciones del código sobre adquisición del dominio, cuando se han redactado los textos de los artículos 2427 y 2441 (1). Porque habla en ellos de mejoras, y lo son además de las impensas, todas las que acrecen el valor del bien por mantenimiento o acrecimiento de la explotación económica en su estado, como todas las demás de que se ocupan los capítulos sobre edificación, y sobre adjunción.

Pero o estos no tienen la aplicación general que de su texto resulta, o hay que distinguir forzosamente entre impensas y mejoras, según que se refieran a construcciones

(1) Muchos artículos son tomados directamente, o en resumen, de Freitas, que no tiene disposiciones separadas sobre impensas y construcciones hechas por terceros.

Se abonará, además, al poseedor el mayor valor que la cosa ha obtenido por impensas en ella, útiles o necesarias. Las impensas en mejoras voluptuarias no se deben por el propietario, pero podrán ser retiradas si al hacerlo no se causase daño a la cosa.

Las mejoras que consistiesen en construcciones nuevas, o en trabajos de igual índole, se regirán por las disposiciones de los artículos 30 y 31, y, si fuesen cosas muebles, de los artículos 56 y siguientes, título IV de este Libro.

existentes, y más, en general, al estado existente del bien, y las que se agregan a él, o se traducen por acrecimientos.

Los primeros, no pueden separarse. Se ha reconstruido, o conservado por reparaciones extraordinarias, se han construido cercas y divisiones en los campos, muros divisorios, en los inmuebles urbanos, y por este estilo, muchos otros casos. Si han producido un mayor valor no puede enriquecerse el reivindicante a costa del poseedor, sin indemnizarle de su mayor valor, y no, como dice el artículo 2427, solamente o hasta el monto de los dineros o materiales invertidos. El dueño no se enriquece sino con el valor actual y aunque sea mayor o menor que el de costo no deja de ser cierto que acrece en esa medida su fortuna: § 996, Código alemán.

En cambio cuando puede separarse de la antigua construcción, lo agregado, porque puede restituirse el propietario en lo suyo, se comprenden las distinciones legales prescritas en las disposiciones del dominio entre poseedores de buena y de mala fe.

Art. 22. — Los gastos hechos por el poseedor de buena fe para la conservación normal de la cosa, y las contribuciones ordinarias de la propiedad, son de su cargo hasta concurrencia del valor de los frutos que hubiera percibido.

En el estado actual del código, se llegaría a restringir el alcance de estas últimas, y a declararlas inaplicables a los poseedores, para reservarlas a los gestores de negocios, a los comodatarios, — hay disposiciones especiales para la locación, — y algunas otras especies muy limitadas. Esa distinción es inadmisibile en doctrina y en legislación.

Nuestras correcciones salvan las anomalías actuales resultantes de resolver repetidamente las mismas cuestiones en partes distintas del código. Véase: Demolombe, 9, número 684 y siguientes; Aubry y Rau, 2, § 219; Laurent, 6, números 176 y 272.

Art. 22. — Artículo 2430 para el poseedor de buena fe, pero lo aclaramos estableciendo que la compensación solo se extiende hasta el monto de los frutos. El actual compensa con ellos las contribuciones ordinarias y los gastos de conservación, sin que se pueda comprender bien, si la compensación es hasta la concurrencia de la suma menor.

Es general decir que el poseedor de buena fe hace suyos esos desembolsos porque percibe los frutos, y por virtud de esa opinión inexacta, aclaramos el texto del artículo 2430. Es cierto que esos son los gastos ordinarios de la producción, pero es también lo exacto que la reivindicación puede producirse antes de hechos suficientes de percepción, para cu-

Le serán abonados los primeros en cuanto excediesen al valor de los frutos.

El poseedor de mala fe podrá cobrar en todos los casos los gastos expresados.

Art. 23. — El poseedor de buena fe no responde por la destrucción o deterioro de la cosa aunque resultaran de su hecho, sino hasta concurrencia del provecho que hubiera obtenido por la enajenación de los materiales o accesorios, o de su empleo en otros bienes.

El poseedor de mala fe responde en los mismos casos del daño causado por su hecho, aunque no hubiera obtenido provecho alguno. Debe su valor aunque hubiera obtenido un precio menor.

Se suprimen los artículos 2431, 2437 y 2438.

Art. 24. — Se considera que la buena fe del poseedor cesa cuando ha conocido la falta de su derecho a poseer en

brir los gastos de conservación de que beneficia el reivindicante. No existe igual razón para las contribuciones: puede perderse la cosecha, y ellas se deben igualmente. El propietario nada beneficia desde que no posee.

En cuanto al poseedor de mala fe que debe restituir todos los frutos deben abonársele los gastos conexos con la producción: *Laurent*, 6, número 176.

Art. 24. — En cuanto a la percepción de frutos, artículos 2358, 2361 y 2432.

Pero, fuera de la usucapión, la regla es más general. El poseedor que deteriora o destruye la cosa que cree suya no

virtud de circunstancias incompatibles con una creencia plausible de su legitimidad.

Los hechos de percepción, disposición, y construcción o destrucción, serán juzgados de buena o mala fe con referencia a la época en que han sido realizados.

El heredero de un poseedor de mala fe, será considerado según su buena fe personal, respecto de los hechos obrados por él.

Se suprimen los artículos 2432, 2434, 2442 y 2443.

Se suprime el artículo 2444.

es responsable por su hecho cuando es de buena fe. Después de destruída, llega a conocer los hechos de que resulta su mala fe. Es elemental que su responsabilidad no se modifica, por los hechos ya realizados. Demolombe, 9, números 610, 630 y 677. Laurent, 6, número 263. L. 37, 6, 1. Dig.

Esa observación demuestra, creemos, la extensión al heredero de lo que el artículo 2432, limita a la percepción de frutos. Si la persona del causante no queda transmitida con el patrimonio para calificar la posesión en cuanto a los frutos, no porque son frutos, sino porque el poseedor ha creído poder disponer legítimamente de ellos, la misma razón existe para calificarla respecto de otros actos.

Suprimimos los artículos 2442 y 2443. El primero porque es la cuarta repetición del mismo principio: la buena fe se juzga no por su carácter inicial, sino en cada acto, en lo que se refiere a la percepción de frutos.

El segundo, porque ya hemos dicho, que la demanda no constituye al poseedor, en poseedor de mala fe. Y, por con-

Art. 25. — En sustitución de los artículos 2428, 2429, 2440 y 2441, el siguiente:

siguiente, si no es “posible determinar el tiempo en que comenzó la mala fe” no se ha probado que exista, y la demanda no altera la situación, o el artículo 2433, no tiene explicación posible. El poseedor sigue siendo lo que era. No responde del caso fortuito, ni de los frutos que el demandante hubiera podido percibir.

Por fin, suprimimos el artículo 2444, porque ha sido trasladado la disposición, o mejor, su principio, al capítulo de la adquisición de frutos, título del dominio.

Art. 25. — La compensación está dispuesta por los artículos 2429, 2430 y 2441, pero siempre para casos particulares. Así, se concede la compensación por el artículo 2441, para las mejoras útiles hechas por el poseedor de mala fe. Es claro que debe compensarse con mayor razón, en el supuesto del artículo 2440. Es, todavía, claro, que tanto el reivindicante como el poseedor deben poder compensar, y no solamente el primero como lo dice el artículo 2429.

En cuanto a la retención, artículos 2428 y 2440, si bien éste no la declara para los gastos necesarios, allí donde el siguiente permite la compensación que es otra retención de la suma adeudada.

El artículo 2429 autoriza la compensación por el reivindicante de las deudas inherentes al inmueble reivindicado, por el tiempo correspondiente a la posesión, si justificase que las había pagado.

El reivindicante y el poseedor pueden compensar las sumas que, respectivamente, debieran abonar.

El poseedor tiene derecho de retención de la cosa reivindicada por el importe de las indemnizaciones que le correspondan. Si el poseedor entregase la cosa, sus créditos quedan subsistentes.

Así expresada, la disposición, en semejante generalidad, es inexacta.

Por ejemplo: se trata de contribuciones de cargo del poseedor. Si no las ha pagado, aunque no lo haya hecho tampoco el dueño, tiene éste derecho a cobrarlas, pues son "inherentes al inmueble". Si los dos las han abonado, uno de ellos ha pagado una deuda ya extinguida y según el caso tendrá el dueño acción de repetición contra quien proceda. Et sic, de ceteris.

Pero también tiene derecho el dueño a otros pagos aunque no los haya verificado. Por resultado de la fe que los asientos de inscripción vinculan, terceros de buena fe han constituido hipotecas sobre el inmueble, en virtud de convenciones celebradas con el poseedor. Debe respetarlas el reivindicante: pesan, por consiguiente sobre el inmueble. Aunque no las haya abonado tiene derecho a exigir su pago, o la indemnización por su importe, y según los casos, por los servicios de intereses atrasados, etc.

La casuística no procede en semejantes materias.

Nuestro artículo provee, con un principio general a todas las situaciones posibles: pueden compensar, reivindicante y poseedor, las sumas que respectivamente deban abonar.

Art. 26. — Se reproduce el artículo 2786. Se le agregará, en segundo párrafo, el 2788, y al fin de éste, las palabras: “sea mueble, sea inmueble”.

Art. 27. — Notificada la demanda, no puede el poseedor efectuar impensas ni construcciones, por útiles que sean. No podrá cobrar sino las necesarias.

Si el reivindicante, conociendo los nuevos trabajos o gastos útiles, los tolerara, se aplicará lo dispuesto por el artículo 2590.

Art. 28. — El poseedor puede exigir las impensas, y mejoras por construcciones y trabajos hechos por su autor

Art. 27. — No puede innovarse en el estado de la cosa litigiosa. § § 994 y 996, Código alemán.

Art. 28. — Adoptamos el principio del § 999, Código alemán, pero con una grave diferencia. Decimos que la calidad de la posesión será definida, no como aquel lo dispone por la del autor desde que solo le concede lo que este hubiera podido reclamar, sino según la buena o mala fe personal del sucesor, cualquiera que sea la del autor. Es muy importante esta distinción en presencia de los artículos 30 y 31 de nuestro proyectado título del dominio.

Es evidente que cuando el actual poseedor de buena fe ha adquirido el bien reivindicado, ha pagado el precio pactado en vista del estado de él, la importancia y condición de las construcciones, etc. Si se le opone la mala fe de su autor, como del Código alemán resulta, se le causa un grave perjuicio, si se le obliga a demoler las nuevas construcciones,

en la posesión y serán juzgadas según la calidad que esta tenga en el sucesor.

El reivindicante las deberá aunque fuesen anteriores a su adquisición.

y deberá pasar por la rebaja de su valor que en tal situación puede imponerle el dueño.

Es esto inicuo. Porque el principio es que el poseedor de buena fe es indemnizado de todo el mayor valor que ha creado por su hecho. Y es hecho suyo, el desembolso que tuvo que efectuar al adquirir el bien con sus construcciones.

Y si en vez de venta, se trata de donación, no vemos diferencia que hacer, porque a él se la ha efectuado, y no al reivindicante que se enriquecería arbitrariamente.

Las mejoras están en el bien, y lo que se posee es el bien en el estado en que se encuentra.

Si, a la inversa, el poseedor actual es de mala fe, no distinguimos de casos como lo hemos hecho para las acciones posesorias según que se haya sucedido a un autor de buena o mala fe. Las hipótesis, nos parecen distintas. Según el Código alemán las impensas se deberían al sucesor de mala fe de un autor de buena fe. De modo que el poseedor evicto, cobraría no obstante su mala fe, porque las construcciones se hicieron de buena fe por su antecesor, y no podría cobrar las hechas por él, porque lo fueron de mala fe. La mala fe es y no es obstáculo para cobrar lo que está en el bien, que acrece su valor para el mismo propietario que las paga, y no las paga, con los mismos elementos de decisión.

Nos parece que no hay base jurídica para estas distinciones. La mala fe del poseedor actual, que es quien cobra,

Art. 29. — No tiene derecho de retención el poseedor que ha obtenido la cosa por un delito.

En los casos en que procede la retención, el poseedor puede hacer intimar al propietario manifieste dentro del término que fijará el Juez, si está conforme con la suma que indicará por las impensas y mejoras que expresará. Si no hubiese existido juicio, el poseedor fijará por sí el plazo suficiente según las circunstancias.

Pasado el plazo sin contestación del propietario, el poseedor podrá perseguir el pago sobre la cosa, poseída. Si el propietario contestase dentro del término, oponiéndose a la suma reclamada, el poseedor deberá hacerla establecer en juicio antes de proceder a la ejecución de la cosa.

Art. 30. — El propietario no está obligado con otros

debe ser determinante de las indemnizaciones que él personalmente, y no su autor va a recibir.

La razón de la ley para no hacer obligatorio el pago de las construcciones nuevas, es, por una parte, que no son impensas incorporadas e inseparables, y por otra, que no merece protección el que sabe que no tiene derecho alguno para hacer lo que está haciendo, en violación del ajeno.

Si es ese el motivo, no lo hay para establecer distinciones en la posesión de mala fe. Así se cortarían muchos litigios para establecer la condición del reivindicado, según la de su autor: no hay que olvidar que la buena fe se presume.

Arts. 29 y 30. — § § 1003 y 1001, Código alemán. El propietario no tiene relación jurídica con el poseedor que

bienes al pago de las indemnizaciones debidas al poseedor. Puede liberarse de ellas haciendo abandono del reivindicado siempre que no haya aceptado la estimación hecha por el poseedor en el caso del artículo anterior. El abandono será juzgado según las disposiciones que lo rigen cuando es hecho por un tercer poseedor de un bien hipotecado.

Art. 31. — La posesión de buena fe de una cosa mueble constituye presunción de propiedad. No puede oponerse

engendre obligación sino por razón de la cosa. Abandonándola deja al acreedor en la misma situación que este ha creado por su propio hecho, invirtiendo sumas en lo que creía o decía ser suyo. Los efectos del abandono están reglamentados en los artículos correspondientes del título de la hipoteca que se aplican en lo pertinente. La intimación del artículo 30 es semejante a la del artículo 3163, respecto del tercer poseedor.

Nuestros artículos comprenden los bienes muebles reivindicados.

Ha de tenerse presente que si no hay acción de indemnización sino por el mayor valor, por las mejoras útiles, puede ocurrir que unido al de las necesarias, y a los gastos de estimación de unas y otros, y a los del litigio que sobre ellos se produzca, pueden determinar al dueño a efectuar el abandono, como ocurre con el tercer poseedor de un bien afectado.

Art. 31. — Artículos 2412, 2413 y 2414.

Hemos dicho en otra oportunidad, que la tradición hace adquirir la propiedad aún efectuada por quien no es dueño,

esta presunción al poseedor precedente a quien se hubiese robado, o que la hubiera perdido.

Tampoco puede oponerse al poseedor mediato por el inmediato que deriva de él su posesión.

siempre que la cosa no haya sido robada o perdida. De ahí, decíamos, que no es efecto de la posesión la presunción de propiedad, sino prueba de esta.

Y es exacto. Porque la buena fe es condición esencial de esa prueba, y en la inmensa generalidad de los casos, se trata de cosas o producidas o fabricadas que necesariamente deben ser recibidas por tradición si ha de haber buena fe. Solo quedan fuera de ellas las cosas sin dueño que por aprehensión pueden ser adquiridas, la percepción de frutos, de buena fe, y la especificación y adjunción, pero en todos esos casos lo que se adquiere es el dominio, y no la posesión.

La regla célebre de derecho francés, en fait de meubles possession vaut titre, envuelve dos decisiones analíticamente distintas: la relativa a la constitución del derecho, a la causa adquisitiva, y la referente a la prueba de él, a la presunción de propiedad en el que posee. De ahí las discusiones sobre su inteligencia en que se ve por unos una manera de adquirir, lege, y por otros una presunción de dominio.

Hemos establecido al tratar de este derecho, todas las maneras de constituirlo por título originario, y por título derivado. El artículo que proyectamos se refiere solamente a la demostración de la existencia de una de ellas. Es una protección de la propiedad derivada de su ejercicio. Deja intactas las reglas fundamentales de la adquisición. Esta se-

Art. 32. — Se presume que un poseedor anterior de una cosa mueble era propietario durante el tiempo de su posesión.

El poseedor inmediato puede invocar la presunción de propiedad del poseedor mediato.

Cuando se posee en virtud de un derecho personal, o de uno real distinto de la propiedad, se presume que ese derecho existe. Bajo este supuesto se presume la propiedad del poseedor mediato.

En todos los casos, se aplica lo dispuesto en el artículo anterior.

Se suprime el artículo 2781.

Art 33. — Tratándose de cosas muebles para cuya transmisión es exigido el Registro, se presume que la propiedad

paración hecha ya por los Códigos alemán, § § 929, 946, 955, 958 y 1006, y por el suizo, artículos 714, 718, 930, etc., es considerada por Saleilles como indispensable para hacer cesar lo que él califica de confusión desgraciada del artículo 2279 Código francés (*Possession des meubles*, páginas 75 a 98, 164 y siguientes).

Nuestros artículos 31 y 32, completan, dentro del mismo orden de ideas, las disposiciones que hemos proyectado sobre la tradición como modo de adquirir el dominio, y las del código actual, sobre los demás de constitución originaria.

Art. 32. — § 1006, Código alemán; artículos 930 y 931. Código suizo; artículos 2781 y 2876, Código Civil.

pertenece a quien las tenga registradas a su nombre, o a quien pertenezca la marca registrada.

Art. 34. — No pueden reivindicarse las cosas muebles cuyo poseedor puede invocar la presunción de propiedad.

Se suprime este último artículo porque es especial para la prenda, y está repetido por el 3213.

El principio es mucho más general. Se refiere a todos los poseedores inmediatos. Cada uno posee por sí, en virtud de su derecho, y en el límite de su ejercicio. Cada uno es juzgado por el carácter de su posesión.

Comprende a los usufructuarios, usuarios, acreedores, prendarios, anticresistas, locatarios, depositarios, acreedores con derecho de retención — artículo 3945, — puesto que puede demandarse la restitución de la cosa retenida cuando fué perdida, robada, o es poseída de mala fe.

De nuestros artículos 31 y 32 resultan amparados todos los poseedores inmediatos, y los mediatos. Estos por el ejercicio de la posesión de aquellos. Y cada uno según el carácter de su ejercicio o calidad: de buena, o de mala fe, juzgada, por separado, en relación de cada poseedor, tal como el código lo admite para el acreedor prendario.

Laurent, 32, números 574|6. — Baudry et Tissier, De la prescription, números 867|8. — Hue 14, número 509. — Planck, III, sobre el § 1006, número 3, a).

Art. 34. — No es, precisamente, procedente la acción de reivindicación, por el solo hecho de ser el poseedor de mala fe, independientemente de la hipótesis del artículo 2765.

Se agregará el artículo 2765.

Se agregará además:

No puede reivindicarse la cosa del poseedor, aunque de mala fe, que la hubo de un poseedor que podía invocar la presunción de propiedad.

Art. 35. —Se sustituye el artículo 2767, por el siguiente:

No puede reivindicarse del poseedor de buena fe a quien se transmitió la cosa por persona a la cual se había confiado o entregado por el reivindicante o su representante,

Solo procede cuando de mala fe se adquiere de quien estaba obligado a restituirla al reivindicante. Cuando, al contrario, se adquiere de quien podía invocar la propiedad, se ha adquirido en verdad el dominio de quien era verdadero propietario, y la mala fe no modifica la naturaleza del derecho transmitido.

Art. 35. — Se ha trasladado el artículo 2766, al título del dominio, pues que, propiamente, su aplicación se refiere a la tradición.

Pero el nuevo que proyectamos es más general, y comprende el expresado, porque se extiende como lo quiere el artículo 2767, al hecho de abuso o falta de poderes del custodio o agente, que podría cuestionarse no constituye acto válido de tradición según ciertos intérpretes. Artículo 933, Código suizo.

El que por acto suyo se desprende de la custodia de lo que le pertenece, debe pasar por las consecuencias de sus errores.

aunque fuese sin autorización de transmitirla, o por engaño, o acto ilícito. Puede reivindicarse si la transmisión se hizo a título gratuito y la cosa se halla en poder del donatario.

Art. 36. — Se reproduce el artículo 2768, con supresión de las palabras “con otras iguales”. Se agregará después de “venta pública”; “en ferias o mercados, o en casa que comercia en objetos semejantes”.

Se agrega al fin del 2768, en período seguido, lo siguiente: En este caso el dueño tendrá derecho de repetir lo pagado contra el vendedor de mala fe.

Se suprime el artículo 2769.

Art. 37. — Se reproduce el artículo 2770.

Art. 38. — Se reproduce el artículo 2771.

Pero, los artículos 2778 y 2767, autorizan la vindicación en caso de transmisión gratuita al poseedor actual, — el primero, — y exceptuando el segundo, el pago del precio, pero siempre se trata de quien la hubo personalmente del enajenante obligado a restituir. No procede la reivindicación contra los sucesores del adquirente aunque fuese a título gratuito.

Decimos en el artículo “a título gratuito” como se expresa el 2778, y no, como el 2767, exceptuamos de la reivindicación al que hubiera pagado el precio. Basta que sea acto oneroso el de adquisición, sin examinar si fué precio justo o no, retribución de servicios onerosos, trueque, o lo que fuera.

Art. 36. — La condición a que somete su aplicación el artículo 2768, de que se haya vendido la cosa “con otras

iguales" es inadmisibile. Insistimos en agregar "ferias o mercados", como está en los Códigos francés, — artículo 2280, — italiano, — artículo 709, — español, — artículo 464, — suizo, — artículo 934, — para evitar que, so pretexto de que en las ferias o mercados hay vendedores ambulantes, se pretenda aplicar lo preceptuado por el artículo 2771. Precisamente por eso es que en los códigos citados se hace expresa la mención.

——— Supresión del artículo 2769. Este artículo es la reproducción de la nota 15 del § 183, II de Aubry y Rau. Este cita a Marcadé, y a Troplong en los números expresados por la nota de nuestro artículo, que no dicen palabra sobre el punto.

Es evidente que nadie puede mejorar su situación jurídica por su propio hecho, y bajo ese punto de vista el artículo es inútil.

Pero con Aubry y Rau, agrega que tampoco puede vender en mercado público, o en que se comercia en cosas semejantes, para empeorar la situación del poseedor despojado autorizado a reivindicarla.

Esto es erróneo. El comprador de buena fe se encontraría precisa y exactamente en la situación del artículo 2768. La hipótesis es la de adquisición de una cosa robada o perdida, y es claro que la venta parte de un acto de enajenación directo o derivado, del ladrón: ha podido, por fuerza, empeorar la condición del propietario, la venta a comprador de buena fe; antes no se debía el precio, después se adeu-

Art 39. — El reivindicante de inmuebles prueba su derecho con el asiento de su inscripción en el Registro de inmuebles. El demandado justifica de la misma manera el

da. Lo que se protege es la adquisición honesta y el comercio regular de las cosas, aunque sean robadas, por la devolución del precio de compra.

Lo único exacto es lo que Marcadé, en el pasaje citado por Aubry y Rau, dice, esto es: "Es por otra parte evidente que el propietario tendría una acción de repetición del precio reembolsado por él contra el que halló o robó su mueble y lo **vendió en seguida en las** circunstancias que han hecho necesarias el reembolso del precio". Sobre el artículo 2280, número 306, *in fine*. Y esto es muy distinto de lo que dice el artículo.

Art. 39 y siguientes. — La constitución de los derechos reales, y la de los personales sobre inmuebles, engendra relaciones que la ley retroactiva no puede conmovir. Puede solamente preceptuar medidas de publicidad, pero nada más. Constituyen propiedad inviolable en el sentido de la Ley fundamental.

Es indiscutida la solución que consagran nuestros artículos. Inscrito un derecho se presume existente. El asiento prueba su legitimidad. El adversario puede combatirlo demostrando su inexistencia, o limitación. La acción de rectificación queda envuelta en la reivindicatoria, o la negatoria en esos casos. El papel de las partes en cuanto a la prueba, se ha invertido. La alegación de un derecho inscrito, es prue-

derecho que oponga. Si no estuviese inscrito debe probar el que invoca contra el actor.

Si el derecho del demandante no estuviera inscrito debe justificar su existencia, y la rectificación, en su caso, de los asientos del Registro.

Art. 40. — Cuando no hubiese inscripción, o cuando se tratase de rectificar la existente, si el título del reivindicante

ba hasta la demostración contraria. Es un estímulo más para efectuar la inscripción. Véase Planck, III, sobre el § 985, número 1 a); — Dernburg, B. Recht, III, § 121, — Staudinger, sobre el § 985, III. — Endemann, Sachenrecht, § 90.

Pero están todos de acuerdo, en que fuera de la situación creada por la inscripción, el derecho de cada parte se prueba según la ley vigente en el momento de la constitución del derecho.

De ahí la doble disposición que nuestro artículo 40 y siguientes, contienen.

Así, dice el artículo 2792 que cuando los litigantes invocan título emanado del mismo autor, es propietario el que fué puesto en posesión. Tal vez, porque el artículo 594, da otra solución. Pero, sin detenernos en ello, decimos que eso, ni es general a los derechos reales todos, ni puede ser dentro de la base adoptada por este proyecto. La inscripción, es en él, constitutiva. Es indiferente saber quien fué puesto en posesión primero.

Pero es verdad, — con sus distinciones, artículo 594, y otros, — para el derecho vigente. Y si el dominio, usufructo, anticresis, hipoteca, fueron constituidos bajo su imperio,

te o de su autor, fuese posterior a la posesión del demandado o su autor, aunque no presentaran éstos título alguno, no se considerará justificada la demanda.

Si presentara el reivindicante título anterior a la posesión del demandado y éste no presentara título se considera que el demandante tiene el derecho alegado.

Se sustituyen los artículos 2789 y 2790.

puede y debe admitirse el título adquisitivo establecido legalmente.

Pero cuando decimos en el texto, ley vigente, nos referimos a la única que tiene autoridad en derecho civil. No son leyes vigentes las de las provincias que se han permitido establecer leyes de Registro, exigir inscripciones para la eficacia de los derechos creados según las condiciones del código, y han llegado hasta decir, que los derechos no inscritos, no producen efecto, en caso alguno, según ciertas provincias, y contra tercero, según otras. Verdad es que la Nación les dió el mal ejemplo, por su ley local orgánica de los Tribunales.

Habría así un código, que declara la existencia de la propiedad constituída por contrato y tradición, y otros pequeños códigos, que la desconocen, sino se llenan tres condiciones, que ellos preceptúan no obstante el artículo 108 de la Constitución. Hay también dos propiedades por herencia o legado. La del código, que se trasmite plena y entera, por la muerte, y la de los códigos locales, según la cual, no la hay, o no puede invocarse, sin la inscripción del testamento, o declaratoria de herederos, previo pago, por supuesto, de

Art. 41. — Se sustituye el artículo 2792, por el siguiente:

Cuando actor y demandado, en el mismo caso del artículo anterior, presentasen título de un derecho a o sobre un inmueble, emanado de un autor común, será preferido el que lo hubiera inscrito primero.

Si el título fuese anterior a la reforma de este código, será considerado propietario el que hubiera sido puesto en posesión de la heredad, y, si se tratara de otro derecho, el que hubiera llenado primero las condiciones exigidas por la ley entonces vigente.

los impuestos correspondientes, protocolizaciones, y no sabemos, que otras exigencias más.

Cuando decimos, por consecuencia, que el derecho existe desde que se han llenado las condiciones exigidas por la ley vigente, nos referimos exclusivamente a la única ley vigente, — el Código Civil, — y no a las leyes espúreas que han olvidado la prohibición constitucional. Y entre ellas comprendemos a la ley nacional de Registro, que también ha olvidado que en la República hay unidad de legislación, y que el Congreso solo puede establecer un código para todo el país, y no códigos a retazos, para la capital, o la tierra pública, o los territorios nacionales.

Las inscripciones actuales, sea cualquiera la autoridad que las ha ordenado, no producen efecto de ninguna suerte sobre la integridad y ejercicio de los derechos.

Apenas producen uno de hecho: el de permitir conocer de la existencia de los inscritos, e influir así sobre la buena fe de los adquirentes que omiten informarse del estado de

Art. 42. — Se reproduce el artículo 2792, modificado, así:

Cuando el demandante y el demandado presentasen cada uno títulos de adquisición derivados de personas distintas, sin que se pueda decidir cual era el verdadero propietario,

las cosas. No producen ninguno, ni de hecho, en el caso de los derechos no inscritos, porque el código — salvo en lo relativo a las hipotecas, y ya se comprende que en esta nota no hablamos de ellas, — no exige semejante inscripción.

Art. 42. — Se advierten las profundas diferencias de este artículo, con el sustituido. Se ha dicho en el título respectivo, que la inscripción constituye prueba del derecho inscrito, y también que la fe pública atribuida al Registro, queda suspendida por la acción de rectificación o, de contradicción. De ahí las soluciones del artículo, que, ya se comprende, no pueden depender de la posesión sino donde no hay inscripción, puesto que la hipótesis es que no existe prueba de su inexactitud.

El artículo vigente solo tiene en consideración la propiedad. Pero en la acción negatoria, en la confesoria, y en la reivindicatoria, — artículo 2772, — se controvierten derechos reales o personales, que no son el dominio, sino limitaciones o restricciones de él. Si no se puede probar la servidumbre, o usufructo, o hipoteca, o anticresis, controvertidos, queda como derecho intacto el dominio que es exclusivo y pleno por su condición orgánica. No es, pues, la posesión la que decidirá. Se puede estar en posesión de cualquiera de

o titular del derecho controvertido, se presume serlo el que lo tuviera inscrito.

En caso de doble inscripción contradictoria, o en el de no existir ninguna, se presume que el derecho pertenece al que está en posesión de la cosa. Si se tratase de derechos sobre la cosa ajena, se presume que la propiedad es libre y plena, no obstante la posesión y la inscripción.

Art. 43. — Se reproduce el artículo 2794. Se le agregará lo siguiente:

La sentencia se ejecutará aunque la cosa se encuentre en poder de tercero, que la adquirió después de una prenotación del embargo, o de la demanda, hecha por pedido del reivindicante.

Art. 44. — Se reproduce el artículo 2793.

Art. 45. — Las disposiciones precedentes de este título se aplican a las acciones confesoria y negatoria en cuanto

esos derechos, o de las cosas en la medida de su ejercicio, y por no probar su legitimidad, la propiedad queda libre, y debe ser restituida así al dueño.

Art. 43. — Se ha dispuesto en un artículo anterior que el poseedor inmediato que ha hecho citar al mediato, puede continuar o no, en el juicio, si le conviene defender su derecho. Es parte, y la sentencia constituye cosa juzgada contra él.

A su vez, las cosas litigiosas, o embargadas, pueden ser enajenadas, pero si se ha tomado una prenotación de la exis-

procedan. Se aplican, también, a las cosas muebles que deben inscribirse para su adquisición.

§ 1.

De la acción confesoria

Se reproducen todos los artículos 2795 a 2799.

§ 2.

De la acción negatoria

Se reproducen los artículos 2800 a 2806.

NOTA: El presente título sustituye el vigente de las acciones reales y el Capítulo IV, título de la posesión, artículos 2422 a 2444.

tencia de la demanda, o del embargo, esa prenotación garantiza la eficacia del derecho en cuya protección se solicitó. La sentencia produce, según esto, sus efectos contra los terceros que procedieron a pesar de la prenotación, y no hay litigio nuevo que emprender contra ellos, según lo hemos explicado en la Parte general.



TITULO VIII

Del usufructo

CAPITULO I

Del usufructo de cosas

Art. 1. — En sustitución del artículo 2807, el siguiente:

La afectación de cosas en usufructo confiere al adquirente el derecho de usarlas y gozarlas.

Art. 1. — Según los artículos 2875, 2898 y siguientes, así como por los artículos 2838 y 2816, el usufructo puede constituirse sobre créditos, sobre el total o partes alícuotas de patrimonios, y sobre conjuntos de bienes, que, o no son cosas, o contienen cosas, y bienes que no lo son. No es, pues, la noción del artículo 2807, exacta, porque no hay derechos reales, sino sobre cosas particularmente determinadas, y, todavía, porque solo define ese artículo el caso particular de usufructo de cosas, y no todos los que los artículos siguientes enumeran.

Tampoco es exacto que sea el usufructo, — en concepto comprensivo de sus diversas especies, — derecho a una cosa cuya propiedad pertenece a otro, y limitado a uso que no altere la sustancia, desde que a renglón seguido se nos explica — artículo 2808 — que hay dos especies de usufructo,

Si se consumieran por el primer uso, la propiedad queda transferida al usufructuario. En los demás casos, deberá limitar su uso y goce de acuerdo con la naturaleza de la cosa, y sin alterar su forma y sustancia.

Se suprimen los artículos 2808, 2810, 2811, 2812, 2813, 2814, 2815, 2816 y 2819.

y una de ellas — artículo 2811 — atribuye la plena propiedad al usufructuario, quedando pendiente, no un derecho real, sino un derecho de crédito a favor del constituyente.

Si se han de evitar confusiones, y distinciones escolásticas, hay que separar las disposiciones que se refieran a usufructo de cosas, al de créditos, y al de conjuntos de bienes. Porque de otro modo, lo que se hace es introducir voluntariamente elementos de confusión que oscurecen las soluciones.

El artículo proyectado, resume ventajosamente las disposiciones de los artículos 2808, 2810, 2811, 2871 y 2879. No es tanto la inutilidad de las cosas para el usufructuario lo que las constituye en propiedad de él, sino se consumiesen. — pues se conciben casos en que, por ejemplo, el dinero, las mercaderías, pueden serle útiles, sin emplearlos, como lo explica el artículo 2808, — sino como lo precisa con más exactitud el 2871, la circunstancia de consumirse por el primer uso. En el usufructo de mercaderías se verá la utilidad de la mayor precisión en la calificación: es objetiva, y no subjetiva.

Los artículos 2812, 2813, 2814, 2815, 2816 y 2819, son inútiles. Solo contienen repeticiones innecesarias de otras

Art. 2. — El usufructo convenido por acuerdo de partes, no se adquiere, en las cosas muebles, sino por la tradición de ellas, bajo las mismas condiciones en que se adquiere el dominio.

El convenido sobre bienes inmuebles no se adquiere sino por su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Puede el usufructo adquirirse por prescripción en los casos y bajo las condiciones en que puede adquirirse el dominio de las cosas muebles o inmuebles, por ese medio.

No se establecerá por resolución judicial, sino en ejecución de otro título que lo dispone.

Se suprimen los artículos 2817, 2818, 2820 y 2830.

Art. 3. — Se sustituye el artículo 2821 y el 2822, por el siguiente:

El usufructo puede establecerse sobre una parte material, o sobre una indivisa, de una cosa. Puede limitarse a una

disposiciones. No es necesario decir que los contratos onerosos, o gratuitos, o los testamentos, o la ley, permiten al dueño disponer de lo suyo, o, a ésta, constituir relaciones que ya estableció en otra parte.

Art. 2. — Artículos 2818, 2820 y 2817; § § 1032, 1033, 873 y 900, Código alemán.

Art. 3. — Es regla general de los actos jurídicos que pueden ponerse todas las condiciones y modalidades que la ley no prohíbe, con efectos regulares. No es, pues, necesario repetirlo.

parte del uso o goce de ella. Si se constituyese a favor de varios usufructuarios no habrá derecho de acrecer entre ellos, salva disposición contraria del título constitutivo.

Art. 4. — Se sustituyen los artículos 2822, 2824 y 2825, por el siguiente:

No puede existir usufructo por mayor tiempo que el de la vida del adquirente. En defecto de declaración expresa, se presume establecido por ese término. Si se hubiera fijado otro, se extingue el usufructo con la vida del usufructuario, aunque el plazo estipulado no se hubiese cumplido.

Se agregará en párrafo separado el artículo 2824.

Se suprimen los artículos 2826 y 2827.

Art. 5. — Se modifica el artículo 2828, así:

No se constituirá usufructo a favor de personas jurídicas, asociaciones no lucrativas registradas, y sociedades, por término mayor de veinte años. Se extingue el establecido bajo término por la disolución de la entidad adquirente.

Art. 6. — Se sustituye el artículo 2829, por el siguiente:

En cuanto a la limitación sobre la extensión del uso o goce, § 1030, Código alemán.

Art. 5. — Hemos proyectado que las asociaciones con fines no lucrativos registradas, no pueden adquirir por donación o testamento, pero sí lo pueden por título oneroso. Conviene además comprender en la misma limitación a las sociedades comunes, que son personas ideales, y pueden adquirir.

Art. 6. — El artículo 2829, es tomado de los artículos 4555, 3º, y 4557, de Freitas, y contiene una disposición sin

Es nula la constitución de usufructo bajo condición o término que suspendan su existencia o ejercicio.

Es válida, si hecha por testamento, el término, o condición, se hubieran cumplido antes del fallecimiento del causante, y el usufructuario le hubiera sobrevivido.

precedente en la literatura científica, en cuanto a la parte relativa a las disposiciones de última voluntad. Nos inclinamos a pensar que se trata de una inadvertencia en aquel escritor, por las razones siguientes:

Nunca existió dificultad ni en derecho romano, ni posteriormente, para admitir la constitución de usufructo bajo condición o término suspensivos. Al contrario, al grado de que se dispuso expresamente que en tales casos el usufructo establecido por testamento, no se adquiriría retroactivamente desde el cumplimiento del término o condición, sino desde la adición de la herencia. L. 1, § § 2 y 3, 7, 3, D.

Se trataba así de impedir un resultado posible, esto es, el de que por el efecto retroactivo de la condición, y por el de que la existencia de un término suspensivo, no afecta la existencia del derecho mismo, resultara que aun cuando el beneficiado hubiera muerto antes de adir la herencia, pudiera pretenderse que el legado producía algún efecto.

Por eso no existe en las legislaciones europeas, o entre sus escritores, excepción a la regla general de la libertad de establecer las condiciones que se tengan por convenientes, como lo dice el artículo 2821, que hemos suprimido en esa parte, y lo explican todos los escritores que se citan en su nota.

Art. 7. — Se reproducen los artículos 2844 y 2845, que formarán dos párrafos separados de uno mismo.

Se suprime el artículo 2843.

Art. 8. — Se reproduce el artículo 2842, al que se supri-

Lo único que salvan es la necesidad de la supervivencia del legatario, en caso de que, término o condición, se hubieran cumplido antes del fallecimiento del causante. Proudhon, Usufruit, I, números 405 y 406, — Demolombe, 10, números 251, 254 y 256.

Pero el Código de Chile, artículo 768, con muy buen acuerdo, estableció otra disposición. Prohibió que se constituyera usufructo a plazo o condición que suspendiese su ejercicio. Y esto, en toda hipótesis: por acto entre vivos, o por disposición de última voluntad.

Exceptuó de la nulidad, sin embargo, el caso de testamento, y de haberse cumplido el plazo o término *antes* de la muerte del causante (y no *después*, como lo dice Freitas, y lo repite nuestro artículo 2829).

Y esto, por la razón fundamental de toda la disposición, queremos decir, de la particular a las condiciones y plazos suspensivos del artículo 768.

“Constituido un usufructo bajo condición suspensiva, que tardase 30 o 40 años, — decía Bello en la nota a dicho artículo, — el propietario gravado tendrá que conservar esta propiedad sin alterar su forma durante ese espacio de tiempo, y por supuesto no la mejoraría para que se aprovechara de las mejoras el usufructuario futuro; es decir, que tendría las obligaciones y responsabilidad del usufructuario

mirá las últimas palabras: “ y los créditos que fueran intransmisibles”.

Se suprimen los artículos 2831, 2832, 2833, 2834, 2835, 2836, 2837, 2839, 2840 y 2841.

Art. 9. — En sustitución de los artículos 2846, 2847, 2849 y 2850, el siguiente:

El propietario y el usufructuario pueden exigir, cada uno, antes, o después, de la entrega de las cosas, un inventario de ellas, o un estado de los inmuebles. Puede ser hecho por instrumento privado, si las partes fuesen capaces y lo suscribieran en común. Será hecho por notario en caso contra-

en su misma propiedad. Habría virtualmente dos usufructos sucesivos”.

Es evidente que esa razón existe cuando la condición ha de acaecer **después** de abierta la sucesión, según lo dice Freitas, y con él nuestro artículo. Y que no existe cuando ha acaecido **antes** como lo dice el artículo 768 Código de Chile. Hay contradicción de ideas, en Freitas, que copia literalmente esa disposición salva la palabra señalada. Por eso decíamos, que hay una inadvertencia.

En todo caso, el Código de Chile dice lo exacto, y solo lo completamos disponiendo, como ya lo hemos recordado, que la condición y término se cumplen en vano, si no sobrevive el beneficiado al testador.

Art. 9. — Reina una anarquía completa de soluciones en las legislaciones contemporáneas sobre la facción de inventarios. El artículo 600, Código francés, y sus imitadores,

rio, o en el de desacuerdo. Los gastos serán de cargo común. El testador no puede dispensar del inventario.

Si ya existiese, o un estado judicial que comprendiese los bienes gravados con usufructo, quedarán las partes dispensadas de efectuarlo, a menos que una lo recusase. En este caso se levantará a costa de ella, y con citación de la otra.

En el inventario se tasarán las cosas muebles cuya disposición corresponda al usufructuario.

el italiano, el holandés y español, la hacen obligatoria y preliminar, a costa del usufructuario. Los §§ 1034 y 1035, Código alemán, siguen otro sistema. La dejan librada al criterio de cada parte, y obligatoria por su requerimiento, pero a costa de quien lo pide. El artículo 763, Código suizo, la hace obligatoria en toda época, a pedido de una parte, y a costa común.

Por fin, el Código español, artículo 493, permite la dispensa de efectuarlo, "cuando de ello no resultare perjuicio a nadie".

Tratamos por nuestro artículo de conservar algo atenuado el sistema vigente (artículos 2846 y 2849) que, en definitiva es el del Código suizo, en cuanto a su oportunidad. Pero basta la intervención de notario para asegurar todos los intereses en el caso más extremo, sin dar intervención, salvo el de litigio, a los jueces.

Los gastos deben ser comunes, porque la medida es de seguridad para todos los interesados y no parece justificado imponerlos solamente al usufructuario. Si hay inventario ju-

Art. 10. — Se modifica el artículo 2848, así:

La entrega de las cosas al usufructuario, sin previo inventario, no perjudica sus derechos, ni lo somete a la restitución de ellas o de sus frutos. Causa la presunción de que se hallaban en buen estado cuando las recibió.

Art. 11. — En sustitución de los artículos 2851, 2852 y 2860, el siguiente:

El propietario que tiene motivos suficientes para temer perjuicios de parte del usufructuario, puede exigir en cualquier tiempo, fianza bastante para su indemnización.

Si hubiese cosas muebles, consumibles o no, y papeles representativos de valor, en el usufructo constituido, el propietario, podrá exigir antes de su entrega, o en cualquier tiempo, la fianza expresada y el depósito judicial de los papeles, sin necesidad de alegar motivo alguno.

Se agregará en párrafo separado el artículo 2854, sustituyendo “pero no”, por “o”.

Art. 12. — En sustitución de los artículos 2857, 2858 y 2859:

dicial, o no, anterior, puede hacer inútil uno nuevo. Demolombe, 10, números 463 y 464.

Art. 11. — Artículos 2860 y 2852. Artículo 760, Código suizo. § 1051, Código alemán. Se autorizan las hipotecas, porque proyectamos la libertad del término en la constitución de ellas.

Art. 12. — Exceptuamos de la dispensa de fianza, el supuesto de peligro justificado, porque es lo que dispone el

No están obligados a prestar fianza, sino en caso de peligro justificado:

- 1º Los padres respecto de los bienes de sus hijos;
- 2º Los que, a título oneroso o gratuito, hubieran enajenado bienes con reserva del usufructo;
- 3º Los usufructuarios a quienes el propietario hubiese dispensado de prestar la fianza;
- 4º El usufructuario a quien el Juez dispensase de la fianza, en cuanto a la entrega de muebles necesarios para su uso.

artículo 2860, para toda hipótesis. Véase Demolombe, 10, números 497 y 498, que lo expresa para el caso de dispensa de fianza hecha por el constituyente. Es, sin embargo, claro que existe la misma razón de decidir para los demás.

El artículo 2858 contiene una excepción para el usufructo paterno constituido por tercero. La razón que Demolombe, Proudhon y Aubry y Rau, citados en la nota, expresan, es, apenas, una de texto literal. La ley, dicen, solo habla de dispensa en caso de usufructo legal de los padres, y aquí se trata de usufructo convencional o testamentario, constituido por tercero. Pero es esa una pobre razón. Porque se trata de usufructo de bienes de los hijos, como en los demás casos: no es necesario para que el usufructo legal exista que los bienes hayan sido heredados de un padre fallecido. Y si la ley dispensa de seguridades en caso de usufructo de todos los bienes de los hijos, por el hecho de que son los padres, parece que no hay motivo para apartarse del principio, allí donde un tercero ha querido darles el usufructo, y a los

Art. 13. — En sustitución de los artículos 2853 y 2856, el siguiente:

Si no se levantara inventario, o se otorgase la fianza, en los casos en que proceden, el usufructuario no podrá exigir la entrega de las cosas.

Haya o no, recibido el usufructuario los bienes dados en usufructo, podrá exigir el propietario, en el expresado supuesto, se pongan los inmuebles en secuestro judicial, o se den en arrendamiento. El Juez, sino hubiese peligro en la demora, podrá conceder un breve término suficiente para que se ejecute el inventario, o se otorgue la fianza. El nudo propietario será nombrado preferentemente, depositario.

Decretado el secuestro, el excedente líquido de alquileres se entregará al usufructuario.

Art. 14. — (Lo demás del artículo 2856, constituirá un artículo separado, precedido de la siguiente indicación):

hijos solamente la nuda propiedad. Hace lo que la ley misma haría, y todavía con más latitud, desde que constituye usufructo no limitado a la menor edad de los hijos.

También el artículo 2859, exceptúa, en su segunda parte, de la dispensa de fianza, a los usufructuarios cuando se ha reservado el dueño la nuda propiedad. Pero esa vuelta a la regla no se necesita expresar, tanto, que la primera razón alegada por Demolombe, es la de texto legal, para justificar su conclusión.

Arts. 13 y 14. — No prevé el código lo que ocurrirá en caso de no cumplirse lo prevenido en el artículo 2849. Adop-

En el caso del artículo anterior:

Si el usufructo consiste en dinero, etc., (tal como está).

Se pondrá como último período al mismo y en sustitución del artículo 2853:

El usufructuario conserva su derecho a los frutos desde que le son debidos.

Art. 15. — S: reproduce el artículo 2861. Se agregará al fin: Esta disposición no comprende a los padres.

tamos la solución de Demolombe, 10, número 469, y generalizamos la solución de la jurisprudencia francesa que recomienda. Sobre el nombramiento del propietario en caso de secuestro: § 1052, Código alemán y 777, Código de Chile.

Ya se ha dispuesto por el proyectado artículo 11, sobre depósito de los papeles representativos de valor.

Art. 15. — El agregado se toma del mismo párrafo de Aubry y Rau, citado en la nota. Es claro, que siempre se aplicará, aún a los padres, lo prevenido en la regla general del artículo 12, proyectado.

§ 1.

De los derechos y obligaciones del usufructuario de cosas

Art. 16. — En sustitución del artículo 2862, el siguiente:

Los derechos y obligaciones del usufructuario serán los que determine el título constitutivo del usufructo. En su defecto, o por su insuficiencia, se observarán las disposiciones de este título.

Art. 17. — En sustitución de los artículos 2878, 2879, 2862 y 2910, el siguiente:

El usufructuario tiene derecho de poseer la cosa. Debe serle entregada con todos sus accesorios si el usufructo no es limitado a una parte de ella.

Está obligado a usarla y gozarla, de acuerdo con el destino económico que tenía al serle entregada, y conforme con las reglas de una administración juiciosa. No puede

Art. 16. — Artículo 470, Código español. Demolombe, 10, números 264|5.

Art. 17. — Artículo 1º de este título. § § 1036 y 1037, Código alemán. Cuando el usufructo es parcial se siguen las reglas de uso y goce de los propietarios en condominio, si son partes indivisas. Si son partes materiales, las circunstancias de hecho deciden, como en todo caso semejante de posesión.

El Código francés, artículo 601, da como criterio del uso y goce de las cosas, el que han de ser realizados como por un “buen padre de familia”.

modificar la cosa, aun cuando fuera para hacerla más útil, o mejor.

Se suprime el artículo 2892.

Art. 18. — Se sustituyen los artículos 2863 y 2864, por el siguiente:

Los frutos naturales de las cosas, y los obtenidos por el cultivo de las tierras, pertenecen al usufructuario desde su separación.

Los pendientes al empezar el usufructo pertenecen al usufructuario, sin que esté obligado a indemnización alguna.

Los pendientes al concluir el usufructo pertenecen al propietario, y si estuvieran vendidos, el precio le corresponde. Pero, deberá abonar los gastos que el usufructuario hubiera hecho para producirlos de acuerdo con las reglas de una buena administración, y siempre que no excedan del valor líquido de los frutos cosechados.

Art. 18. — Se han hecho graves objeciones al sistema del código, de excluir toda liquidación de los gastos efectuados para preparar los frutos cosechados, por el usufructuario, o propietario, que no los desembolsaron. Demolombe, 10, número 371; Laurent, 6, números 392|3; Baudry et Chauveau, Des biens, número 500.

Adoptamos la solución de Pothier, Œuvres choisies, 6, número 272, que justifica con razones decisivas. Es la del artículo 472, Código español, y del alemán, § § 1055 y 592. De ellos tomamos los elementos de la liquidación, que, naturalmente, depende del éxito de la cosecha, como hubiera dependido si el usufructo hubiese subsistido.

En todos los casos, lo que se adeude a terceros por su trabajo, o suministros, para la producción de los frutos, será satisfecho por el que los percibe.

Ni el propietario, ni el usufructuario, pueden separar los frutos antes de hallarse en condiciones de cosecha normal.

Art. 19. — Se reproduce el artículo 2865. Se le agregará como segundo párrafo:

De la misma manera se adquieren los beneficios de una explotación industrial o mercantil, o de participaciones en ellas, así como los dividendos o rentas de papeles representativos de valor.

Art. 20. — En sustitución de los artículos 2867 y 2868:

El último párrafo agregado habla de “condiciones de cosecha normal”, por las razones expuestas en el número 499, de Baudry y Chauveau.

El artículo se aplica también a la explotación ganadera: en ella hay “frutos naturales”, pendientes, y realizados.

Art. 19. — Se ha señalado desde hace largo tiempo por Rossi, el vacío del Código francés en cuanto a los beneficios de empresas manufactureras, de bancos, ferrocarriles, etc.

Véase Demolombe, 10, número 279; Laurent, 6, número 400 y siguientes; Baudry y Chauveau, número 516 y siguientes. Código español, artículo 475.

Art. 20. — Demolombe, 10, números 333 y 334. Suprimimos la mención del aluvión que contiene el artículo 2867, porque es uno de los varios casos de la accesión.

El usufructuario puede ejercer las servidumbres activas, y los derechos de uso y goce que corresponden al propietario en los inmuebles ribereños con ríos o lagos, o en los inmuebles vecinos.

Le corresponde el goce de los aumentos que recibe la cosa por accesión.

El usufructo particular no se extiende a la parte del propietario en el tesoro hallado en el inmueble, sin perjuicio de lo que corresponda al usufructuario como descubridor. Tampoco comprende las sumas que se abonen al dueño por medianería de paredes o cercas.

Art. 21. — Se sustituye el artículo 2866, por el siguiente:

Modificamos la redacción del artículo 2868, tomando la del § 1040, Código alemán, porque no se trata solamente de que no toca al usufructuario la parte del tesoro que corresponde al propietario, sino también de que en ella no tiene usufructo, lo que no aparece claro en el texto vigente: artículo 598 Código francés; artículo 727, Código brasileño.

Art. 21. — Artículo 476, Código español; artículo 879, Código mexicano. El § 1038 Código alemán, sigue un régimen distinto para el usufructo, no de un predio, sino de una mina.

El Código de Minería en su artículo 365 y siguientes, ha organizado no solamente el usufructo de las minas, sino todavía el usufructo de los predios en que existen minas en explotación, o en que se descubran durante el usufructo.

No corresponden al usufructuario de un predio en que existen minas los productos de las denunciadas, concedidas, o que se hallen en laboreo al principiarse el usufructo, a no

Declara que la mina en actual explotación, — como lo proyecta nuestro artículo, — no está comprendida en el usufructo del fundo. En el 366 declara, en este mismo caso, que las sustancias de la tercera categoría pueden explotarse por el usufructuario. Y por último, el artículo 370, dispone que el usufructo constituido sobre todos los bienes de una persona, comprende el de las minas existentes en esos bienes.

Nada más correcto que los códigos especiales se ocupen de las relaciones jurídicas directamente relativas a los asuntos de su resorte. Por consecuencia, el usufructo de las minas, constituido sobre ellas, debe ser tratado por el Código de Minería.

Pero es exceder su jurisdicción, legislar sobre usufructos ordinarios, de fundos, y sobre todo, sobre usufructo legal de los padres, o general de los donatarios, legatarios, de masas generales de bienes, porque nada hay en esos asuntos que modifique las situaciones según que haya minas o no las haya. Con igual criterio, se podría declarar qué cargas tienen los padres, o herederos, cuando y como deben pagar a los acreedores, y si las disposiciones testamentarias pueden subsistir o deben modificarse, si en el patrimonio hay minas.

Es inconveniente abandonar la Codificación sistemática general, para tratar materias propias de ella, en la legislación particular. En un código de comercio no se trata de usufructos, o de los derechos de los padres de menores, por-

ser que expresamente se le concedan en el título constitutivo de éste, o que sea universal.

que haya mercaderías en la sucesión. Ni en una ley de navegación, o pesca, o irrigación, de la navegación de los mares y ríos, de los derechos de los ribereños, y de los comunes a todos. El Código Civil contiene las reglas, y las leyes especiales las derogaciones, si entra constitucionalmente en ellas el poder de modificarlo.

En todo caso no es aquel el sistema de grandes naciones mineras. En Francia, hay leyes de minas, y el Código Civil regla el usufructo de los predios, el legal, y el testamentario. En Alemania, en que tan poderosa rama de riqueza es la minería, y en que se ha abandonado a cada Estado federal el poder de legislar sobre ella — lo opuesto de lo que nuestra Constitución resuelve — el Código Civil regla el usufructo de los fundos en que hay minas **en explotación**. Y no hablamos del usufructo legal, y el general, en parte alícuota, o en el todo de un patrimonio. En España, otro gran país minero, hay ley especial de minería, pero el Código Civil, resuelve sobre el usufructo de fundos, particular, legal, o general. En Bélgica, e Italia, subsiste el régimen francés. Países de tradición minera tan arraigada como México, Perú, Chile y Brasil, tratan del asunto en sus códigos civiles.

No es indiferente la dispersión de disposiciones. Sería pueril discutir atribuciones, y tanto da que el Congreso en éste, o aquel código, resuelva lo que mejor convenga.

Puede, sin embargo, el usufructuario extraer materiales de las canteras, para emplearlos en las reparaciones que estuviese obligado a hacer.

Pero no se puede decir que los legatarios, o herederos, o padres, o la sociedad conyugal, deben cubrir las deudas patrimoniales, privilegiadas o simples, en tal forma, y por tales procedimientos, en un código, y, en otro, que tales bienes, comerciales, bancarios, industriales, o tales buques, o tales minas, están exceptuados de contribuir con los productos, a la formación de los recursos necesarios para llenar las imposiciones de la ley general civil. El sistema se perturba con daño de todos, y sin beneficio para parte alguna. Y no solamente son los dueños y los usufructuarios, los afectados. Lo son los acreedores, los legatarios de la porción disponible, los herederos que deben colacionar, y muchos otros terceros, porque según que se computen tales elementos patrimoniales, o queden excluidos, valdrán las disposiciones testamentarias, o no, y se producirán muchas otras dificultades insolubles, por la dispersión de las disposiciones legales anárquicas.

Nuestros artículos proyectados, tomados del Código español, no se alejan mucho de los del Código de Minería, sino en lo relativo al usufructo legal, y a la autorización de explotar las canteras en el caso general del artículo 366 Código de Minería que constituye un asunto ajeno a su especialidad desde que las sustancias de 3ª categoría, no son propiedad minera, sino propiedad de derecho común.

Si hemos conservado al Código Civil, la atribución de resolver sobre esas materias, no es por razón de las disposiciones mismas del Código de Minería. Es porque, para dejarlas, debíamos rayar del Código Civil cuanto concerniera al usufructo de bienes en que existiesen minas descubiertas, o por descubrir, y, por consiguiente, confirmar aparentemente un sistema que reputamos inconveniente. No son las disposiciones actuales las que nos preocupan por sus soluciones. Son las de mañana, sancionado el sistema de abandonar a las legislaciones especiales, materias indisolublemente ligadas al sistema general por la fuerza de las cosas. Creemos que el Código Civil tenía, y tiene, razón, al tratarlas como de su resorte.

———— Pasando ahora a la distinta solución que propone sobre canteras, divergente de la del artículo 366, Código de Minería, decimos que la de Pothier, *Ceuvres choisies*, 6, número 196, es la más jurídica, porque en el usufructo particular, — único caso que, con el Código español y el brasileño, artículo 725, contemplamos, — las partes pueden y deben reglar esa materia, y no se comprende que su silencio importe autorización de explotación, ni aún cuando se trate de canteras excepcionalmente ricas. Porque se trata de capital constitutivo, y no de uso o goce normal. La riqueza de ella se debilita cada vez, y la explotación no es “salva rerum substantia”. Y, o el Código de Minería, tiene razón al negar al usufructuario de un fundo — artículo 365, — la explotación de una mina en laboreo, y no la tiene, al resolver lo

Art. 22. — Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior en el usufructo legal podrá el usufructuario, explotar las minas denunciadas, concedidas, o en laboreo, existentes en el predio, haciendo suya la mitad de las utilidades que resulten después de rebajados los gastos necesarios.

contrario en el artículo 366; o, a la inversa, si esta solución es acertada, es errónea la primera. Se trata siempre de partes constitutivas, integrantes, del bien, que corresponde al nudo propietario, y no al usufructuario transitorio y pasajero. Véase Laurent, 6, número 448. — Demolombe, 10, números 439 y 433. — Aubry y Rau, II, § 230. — Proudhon, III, números 1202|4.

Art. 22. — Código español, artículo 477. En los usufructos contractuales o testamentarios, universales, es natural la inferencia de que se entiende autorizar la explotación: ya iniciada por denuncia, concesión, o laboreo actual: porque para eso es universal, y las partes, que lo podían, no lo restringieron.

Pero en el legal, el usufructo es la remuneración y el incentivo de una administración de los bienes ajenos. Si cubiertos los gastos de la explotación hay utilidades, siempre es exacto que se obtienen a expensas del capital administrado pues disminuye la riqueza de la mina. El Código español, y creemos que con acierto, halla una solución de los intereses encontrados, y de los públicos que están comprometidos en la prosecución de la explotación minera, en asociar el administrador y el administrado, y excitar el celo

Art. 23. — La calidad de usufructuario no priva del derecho que a todos concede el Código de Minas para denunciar y obtener la concesión de las que existan en los predios usufrutuados, en las condiciones que esa ley establece.

Art. 24. — Se reproduce el artículo 2873.

Art. 25. — Si a consecuencia de un siniestro, o caso extraordinario, las viñas, olivares, u otros árboles o arbustos hubieran desaparecido en número tan extraordinario que no fuese posible o resultase demasiado gravosa la reposición, el usufructuario podrá dejar los pies muertos, caídos, o tronchados, a disposición del propietario, y exigir de éste que los retire, y deje el suelo expedito, a menos que prefiriese abandonarlos.

Art. 26. — Se reproduce el artículo 2870.

Art. 27. — Los contratos de locación hechos por el

y la vigilancia del primero, por la obtención de utilidades. Sería excesivo, ciertamente, atribuírselas por completo, como lo hacen algunas legislaciones y nuestro Código de Minería. Y también lo sería, considerarlas como capitales exclusivos del administrado.

Art. 23. — Artículo 478, Código español; 879, Código mexicano. Demolombe, 10, número 437.

Art. 25. — Artículo 484, Código español.

Art. 27. — Es una grave reforma a lo dispuesto por el artículo 2870, del código vigente.

usufructuario vitalicio por un término no mayor de cuatro años, subsistirán después de su muerte por el tiempo que faltare para cumplirlo, si se hubiesen inscrito en el Registro de la Propiedad, y se hubiesen hecho de buena fe. En el

El usufructo termina con la vida del usufructuario. Termina por revocación y resolución — artículo 2918, — y el legal, por ejemplo, por la emancipación del menor causada por su matrimonio. El código no solamente no salva esas situaciones que deja dentro de su regla de que los “contratos celebrados terminan al fin del usufructo” (artículo 2870) sino que todavía lo declara expresamente en otros casos: artículo 300.

No es posible una explotación razonable en semejantes condiciones. Nada se puede emprender con semejante inseguridad. En qué momento morirá el usufructuario, o se casará el hijo, o se demandará la revocación del usufructo, o acaecerá la condición resolutoria que lo extingue — artículo 2926 — nadie puede saberlo. Se agrava así el inconveniente inherente a la institución misma del usufructo, ya, de por sí, grave bajo el aspecto económico. Porque si no han de subsistir los arrendamientos, y aparcerías, ni el usufructuario puede aprovechar de los bienes sino directamente y por sí solo, ni los terceros querrían contratar en semejantes condiciones. Es, prácticamente, prohibir la locación.

Agréguese que este sistema es contradictorio del adoptado por el artículo 2670. Porque, según éste, subsisten los arrendamientos hechos con el que tenía un dominio que **ha desaparecido con efecto retroactivo** (según el sistema del

mismo caso y bajo las mismas condiciones se mantendrán cuando fuesen hechos por el usufructuario a término fijo por el tiempo aun pendiente, si hubiera fallecido antes de

código actual que hemos proyectado cambiar) y ¿qué más da que se trate de un usufructuario, o de un dueño imperfecto? ¿No es que todo ha desaparecido por la retroacción de la resolución, o acaecimiento del término extintivo? Artículo 2662.

La supuesta protección del nudo propietario por la liberación de todos los contratos que se refieren a sus bienes, es contraproducente. Porque si por la muerte del usufructuario o el matrimonio del hijo, o cualquier suceso equivalente — destitución de la patria potestad, etc., — caduca el arrendamiento, nadie lo aceptará en condiciones favorables de precio, y otras ventajas, y el perjuicio será para el propietario. La aparcería que es tan frecuente en nuestro país, en las explotaciones rurales, no será sino una aventura sancionada por la ley, que nadie querrá arriesgar.

Creemos, que es inútil insistir sobre hechos y consideraciones manifiestas, y que nuestro artículo se justifica por la evidencia. Oportunamente, rectificaremos todas las disposiciones particulares que no se ajustan a la opinión expuesta.

Hemos establecido el término de cuatro años que es suficiente; es inferior al de cinco que el Código — artículo 443, 10° — considera acto de simple administración. Creemos nuestra solución muy superior a la del Código español, que

su cumplimiento. Los contratos de aparcería en una explotación rural subsistirán, en caso de muerte del usufructuario, por el año agrícola, determinado por las costumbres del lugar y la naturaleza de los cultivos o explotación.

solo concede la subsistencia del arrendamiento por un año agrícola: en el mismo sentido el chileno — artículo 794.

En cambio, la tomamos para la aparcería. La aparcería tiene parte de locación y parte de sociedad. En realidad económicamente es una asociación de capital e industria. Y toda sociedad se disuelve por la muerte. Debe procederse a su liquidación para recaudar los valores sociales. El año agrícola de que habla el Código español, y que hemos procurado precisar algo más que en el modelo, es variable. La cosecha del trigo, del maíz, la uva, la caña, la lana, acaecen en épocas diversas, que en cada localidad son fáciles de precisar y que, naturalmente, se refieren a cada género de cultivo o explotación.

Al tratar estos asuntos, los escritores franceses se extienden en dar preceptos sobre los pagos adelantados al usufructuario, la buena fe en los contratos, etc. No son necesarias reglas especiales. Nuestro artículo cae dentro de las generales del 1574 y siguiente.

Sobre el texto proyectado, artículos 595, Código francés, 493, Código italiano, 480, Código español. Demolombe, 10, número 349 y siguientes; Laurent, 6, número 458 y siguientes.

Art. 28. — En sustitución de los artículos 2871, 2808, 2* parte, 2809 y 2811, el siguiente:

El usufructuario de cosas que se consumen por el primer uso, de mercaderías, o de cosas fungibles, adquiere su dominio, y dispone libremente de ellas, con cargo de resti-

Art. 28. — Hemos llamado la atención sobre las diversas redacciones de los artículos sustituidos. Es de evidencia que las sustancias que se consumen por su primer uso, no son las únicas que importan **usufructo de disposición** para diferenciarlo del usufructo de uso.

Así: el artículo 2809 nos dice que las mercaderías pueden ser objeto de usufructo, que el usufructuario puede enajenar. Sin embargo, dice que es un puro y simple usufructo lo que es incompatible con el derecho de disposición, o las palabras no tienen recto sentido. El usufructo puro y simple no es otro, — porque no puede serlo, — que el usufructo normal, perfecto. El cuasi-usufructo, no es usufructo puro y simple: artículos 2808 y 2811. Cuando el usufructo tiene por objeto mercaderías, como tales, que componen la existencia de graneros, o de los depósitos de pieles o lana en los establecimientos de campo o de comercio, por ejemplo, es claro que aunque no se consuman por el uso inmediato, están destinadas a la venta, o por su naturaleza misma, o porque se deterioran. La solución es determinada por las mismas razones que la de las cosas consumibles por sí.

También lo son las fungibles, porque su identificación es imposible, porque sus individuos pueden ser sustituidos:

tuir al fin del usufructo el valor que se les dió al estimarlas en el inventario. Si no fueron estimadas, deberá, a su opción, restituir las de igual clase y calidad, o pagar su precio corriente al cesar su usufructo, con los daños e intereses si procediesen en el caso.

Art. 29. — El usufructuario de un establecimiento de comercio, fabril, o agrícola, está obligado a conservarlo en su funcionamiento constante, y según los objetos y carácter de la gestión del constituyente, de modo de conservar su crédito y clientela.

Puede disponer de las mercaderías, y materias primas. Terminado el usufructo se estimarán las existencias, y el propietario o el usufructuario, abonarán, en su caso, la

los ganados, las cosas que se cuentan, miden, o pesan. En otros términos, las cantidades, y las cosas de género.

En cuanto a lo que haya que restituir, no es tampoco exacto que haya una opción libre entre restituir las en especie, o abonar el valor de estimación. Demolombe ha demostrado la injusticia de semejante privilegio, y el artículo 482, Código español, es el resultado de su crítica. Véase Demolombe, 10, número 286 y siguientes. Laurent, 6, desde el número 407. Kohler, El usufructo de disposición, Rev. de Jhering, 24, desde la página 187; Proudhon, II, desde el número 1000.

Art. 29. — El usufructo de un establecimiento, como tal, comprende dos cosas: las mercaderías que en él pueden existir, destinadas a la venta, y la fábrica, la casa, la ex-

diferencia entre el valor actual, y el de la estimación hecha en el inventario.

El usufructuario está obligado a destinar e invertir en la renovación de los enseres y máquinas, la amortización anual, que sea de práctica en la administración ordenada de los establecimientos de la misma especie.

plotación misma, con sus enseres y máquinas de equipo. El establecimiento debe conservarse: no interesa solo al usufructuario el beneficio. La casa tiene un crédito por la naturaleza de sus productos, una reputación que les da especial valor en el mercado interno, y en los exteriores. No deja las cosas intactas, por consiguiente, el que por su mala gestión o por el cambio de destino de la empresa, altera el carácter, perjudica la consideración de sus productos, disminuye la actividad, pierde la clientela. El usufructo es, en sí, un "puro y simple usufructo". Una casa reputada no es idénticamente la misma, que una casa disminuída.

El establecimiento y sus enseres, son cosas no destinadas a la venta. Las mercaderías lo están necesariamente. Pero Proudhon ha demostrado la especial situación de ellas en los establecimientos de comercio o industria. No es cuestión de restituir las mismas especies porque la moda, los métodos de fabricación, los pedidos del público, cambian, y lo que hay que conservar es la casa, en su plena eficacia.

De ahí la diferente solución que adoptamos para el reintegro de lo vendido, según la opinión de Demolombe, que, sobre las consideraciones de Proudhon, ha dado una variante

Art. 30. — Se reproduce el artículo 2872.

Art. 31. — Se sustituye el artículo 2902, por el siguiente:

El usufructuario de un rebaño o piara de ganados, está obligado a reemplazar con las crías los animales que perecen, o se pierden por caso fortuito, así como los que se hacen inaptos para la reproducción. Si el rebaño, o piara, perece del todo, sin culpa del usufructuario por efecto de un contagio o accidente no común, el usufructuario cumplirá con entregar los despojos salvados al propietario.

Si el rebaño pereciese en parte importante, por accidente y sin culpa, el usufructo continuará en la parte que se conserve, y se repondrá en lo sucesivo esta parte con las crías.

Si el usufructuario fuese de ganado estéril se considerará como si se hubiese constituido sobre cosas fungibles.

de solución que creemos acertada y es vigorosamente apoyada por Laurent.

Sobre esta materia, que es difícil, véase Proudhon, II, número 1010 y siguientes, y principalmente, Demolombe, 10, desde el número 507; Laurent, 6, números 417 a 423; Kohler, ya citado, página 230 y siguientes.

Al emplear en la última parte del artículo la locución “administración ordenada” le damos el alcance que tiene en los § § 1036 y 1048 Código alemán.

Art. 31. — Modificamos el texto actual, de acuerdo con los artículos 788, Código de Chile, y 499, Código español.

Art. 32. — Se reproduce el artículo 2903.

Art. 33. — Se modifica el artículo 2874, así:

El usufructuario puede hacer mejoras en la cosa usu-

Si se reconoce, como en el artículo 2902, que, en caso de pérdida no imputable de una parte, el usufructuario puede abandonar sin cargo el usufructo, es manifiesto que esa solución envuelve el concepto de que el usufructuario no es responsable de ella, y no está obligado a reponer los animales perdidos. No es, por consiguiente, lógico imponerle la ruina definitiva de todo su trabajo, haciendo obligatorio el abandono, pues su opción es una ventaja ilusoria desde que tendrá que trabajar, abonar arrendamientos, pagar auxiliares, solamente en beneficio del dueño, si la pérdida es de parte importante. Tanto valdría declarar que el usufructo está necesariamente extinguido, porque nadie optará por continuarlo en condiciones ruinosas.

Muy superior es la solución de los códigos chileno y español, particularmente de éste, porque habla solo de “parte”, y aquel de “gran parte”. Decimos “parte importante” como va subentendido en el Código español, desde que una parte pequeña es el caso ordinario y general del artículo.

Art. 33. — Artículo 2892. El artículo 2874, aplica severamente los principios del derecho francés, tal vez agravados por sus intérpretes.

Nos parece que aunque el usufructuario no puede ser tratado como constructor de buena fe, pues no ignora su

fructuada con tal que no alteren su sustancia, forma, y distribución. Podrá reconstruir cualquier edificio arruinado. No tiene derecho al pago de las mejoras o reconstrucción. Puede llevarse las mejoras útiles o voluptuarias siempre que obtuviese algún provecho y fuese posible extraerlas sin detrimento de la cosa usufructuada. Podrá también compensar su valor actual con el de los deterioros que esté obligado a pagar.

Si el propietario quisiera retener las mejoras que pueden ser extraídas se procederá como lo dispone el artículo 2589.

Art. 34. — Se modifican los artículos 2881, 2883 y 2886, así:

situación, y no puede echar la carga de sus mejoras o adiciones sobre el dueño que no las ha autorizado, y que puede carecer de recursos para abonarlas, o no obtener, ventajas de las obras, debe encontrarse protegido, sin embargo, como todo constructor a quien se impide levantar las mejoras. Véase Laurent, 6, número 490; Ricci, Diritto civile, II, números 180|1 y 186. El artículo 495 Código italiano, solo autoriza reclamar el precio de las mejoras que pudieran valer separadas del predio, lo que es injusto.

Art. 34. — Según el artículo 2886, es la época de la apertura del derecho, la que decide sobre la existencia de la causa de las reparaciones. Según los artículos 2881 y 2883, es la de la recepción de las cosas, lo que no es siempre lo mismo. Si hay mora en la recepción se aplican los principios

El usufructuario debe efectuar a su costa las reparaciones necesarias para la conservación de la cosa en el estado exigido para su explotación regular. Solo le corresponde hacer las reparaciones ordinarias cuya causa sea posterior a la entrega de la cosa.

generales. Demolombe, que en el número 572 citado por la nota al artículo 2886, habla de "apertura de su derecho", entiende por tal, — número 554 — la época de la entrega de la cosa. Por fin, el artículo 2891, confirma nuestra opinión. Véase Laurent, 6, número 545.

Sobre la primera parte del artículo, y sobre lo que son reparaciones ordinarias, artículo 603, Código francés; § 1041, Código alemán; Demolombe, 10, números 552 y siguientes, 558 a 569.

La supresión del artículo 2882, es determinada por las razones expuestas por Demolombe, — número 578 — en su refutación de las opiniones de Demante y Duranton. En el mismo sentido, Aubry y Rau, II, § 231, y nota 22. Disienten éstos, sin embargo, de aquél, en cuanto creen que el usufructuario puede eximirse de su obligación de reparar renunciando el usufructo y restituyendo todos los frutos recibidos "desde el comienzo" de él, y no como lo dice Demante, y con él, el artículo 2882 "después de la necesidad de hacer las reparaciones".

Pero esos efectos retrospectivos de la renuncia, no son aplicación de ningún principio general. Los efectos de una renuncia son consecuencia de ella, y no retrotraen para libe-

Está también obligado a efectuar las reparaciones extraordinarias cuando han sido causadas por la falta de las reparaciones de conservación a cargo del usufructuario, o cuando provienen de su culpa.

Se suprimen los artículos 2882 y 2884.

rar obligaciones ya nacidas, y Aubry y Rau, no aceptan la solución de Demante que la propone.

Hay desorientación en las opiniones. Como Demolombe, Massé y Vergé, nota 15, al § 309 de Zachariæ; Marcadé, sobre el artículo 605, número 519; Baudry et Chauveau, *Des biens*, número 680; Huc, 4, número 222. Como Aubry y Rau, *Lau-rent*, 6, número 547.

En cuanto a la supresión del artículo 2884, debemos decir que es arbitraria la limitación del deber de conservar a una parte de la renta líquida. Todos los frutos, aunque no alcancen para cubrir los gastos, están afectados, y solo conduce a dificultades insolubles establecer que llegó el caso del artículo. Puede ser momentánea la situación. El usufructuario, con renunciar a su derecho se librará de las reparaciones futuras, si tan malo es el estado del bien que no permita obtener renta libre de una manera constante. Por la reintegración del dominio libre, se produce la única solución exacta de un estado derivado de la desmembración. En el caso del artículo, el solo hecho de no resolver qué se hace cuando los gastos exceden de la parte fijada, ya demuestra lo inexacto de la solución, porque la cosa se desintegra y arruina, sin que ni el propietario, ni el usufructuario estén

Art. 35. — Se sustituyen los artículos 2887, 2888, 2889 y 2890, por el siguiente:

El propietario puede obligar al usufructuario a cumplir todas las obligaciones a su cargo, determinadas por este

obligados a repararla. Ningún escritor ha hecho suya la opinión recogida por nuestro código de Demante.

Art. 35. — El artículo resume casi a la letra los sustituidos. Es, pues, el derecho vigente. Conviene decir algo para justificar esta solución. El Código italiano, artículos 502 a 504, trae otras distintas, autorizando al usufructuario a ejecutar las reparaciones extraordinarias a costa del propietario pudiendo reembolsarse de ellas, sin intereses, “en cuanto su utilidad subsista al fin del usufructo”. Y lo mismo en caso de ruina parcial. Si el propietario hace los desembolsos, el usufructuario paga los intereses. El Código español, — artículo 502, — dispone, con muy poca diferencia, lo mismo. El § 1049, Código alemán, aplica las reglas de la gestión de negocios. Antes que todos esos códigos, el artículo 797, del de Chile, había adoptado la solución de los primeros, pero sin limitarla al aumento de valor. Aún entre los escritores franceses se han manifestado opiniones favorables a establecer una obligación exigible en favor del usufructuario por las reparaciones o reconstrucciones que no son de su cargo.

Pero nótese exactamente cual es el caso. No se trata de enriquecimiento indebido. No se trata de gestión. Se trata de usufructo.

Título, sin esperar a que el usufructo termine. Si hubiese hecho reparaciones a cargo del usufructuario después de requerirlo sin éxito, tendrá derecho a cobrarlas de éste.

Cada uno tiene un derecho independiente. Usa el usufructuario conservando. Padece, sufre, el nudo propietario, la desmembración del usufructo. No hay relaciones de otro orden. El propietario no está obligado a hacer gozar al usufructuario. Este usufructúa solo, absorbe toda la utilidad, todo el disfrute del bien. Nada de ella pasa al propietario. Ha perdido este todas las ventajas del dominio. Algún día las recuperará: por ahora no experimenta sino cargas, — el dominio nada le da.

Si el usufructuario quiere reconstruir, transformar, (puede resultar enriquecimiento de la transformación), hacer de lo viejo, nuevo, no por eso cambia la condición de su propietario. Lo hace — y en muchos casos de alteración, abusivamente — porque le conviene, para obtener mayores ventajas. Si el propietario debe abonarlo, so color de acrecentamiento de valor, será muy generoso con lo ajeno. Al fin, no lo paga, sino con el interés, y goza de las ventajas. El propietario queda desarmado con ese sistema. Le rejuvenecen, lo que siempre es viejo, mal distribuido, mal situado, lo que no reconstruiría, lo que no le interesa conservar en el estado existente. Le cobran, porque le afirman que vale más lo que le devuelven, lo que acrecienta su pérdida si tiene que reedificar, transformar la fábrica, la explotación agrícola. Modernizarla, en una palabra.

El usufructuario no puede exigir que el nudo propietario efectúe reparaciones o gastos de ninguna especie en el bien usufrutuado, por necesarios que sean.

Y esto, solamente, porque al usufructuario le convenía. Nadie le pregunta, si le convenía a él, si tenía recursos para hacer frente a los gastos, si no era preferible que realizara su propiedad al fin del usufructo.

Pronto está dicho, esto del enriquecimiento. Pero el Código alemán, ya en las reglas de la gestión que subsidiariamente aplica, ha dispuesto que el gestor nada puede reclamar cuando en situación de comunicarse con el pseudo-administrado, hizo gastos sin consultarle. Es este quien resuelve lo que le conviene, y no el intruso gestor; comete culpa, decía la ley romana, el que se entromete en los negocios ajenos. Y también es regla alemana de la gestión de negocios, que se aplica al usufructo, la de que solo hay derecho a reclamar compensación cuando los gastos hechos lo han sido en virtud "de corresponder al interés y a la voluntad efectiva o presunta del propietario". (Planck, sobre el § 1049, número 2) y agrega: "Es posible, entretanto, lo contrario. Puede, por ejemplo, una reparación extraordinaria necesaria de una casa, no corresponder a la voluntad probable del dueño, porque él se propone demoler esa casa al fin del usufructo y utilizar el terreno en otra forma". Ibid.

No es buena regla la que se cree, por algunos, más justa, porque se traduce en litigios intrincados e insolubles en buena justicia, para ver si es exacto que el mayor valor existe, dadas las circunstancias, de hecho, de tiempo, de

Si el usufructuario hiciese reparaciones o reconstrucciones que no están a su cargo no tendrá derecho a indemnización.

oportunidad, para llegar al fin a condenar a quien se ha causado con ese mayor valor, un verdadero perjuicio.

Las leyes deben respetar la autonomía de cada persona, y no sustituirles administradores irresponsables de lo que es suyo. El usufructo debe terminar cuando no puede continuar sin sacrificios que no nacen del derecho real mismo. Así se reconstituirá el régimen natural de una explotación económica, que es el dominio. La sociedad — al revés de lo que algunos dicen, — no tiene interés en la conservación onerosa de cosas viejas, de manufacturas, de buques, anticuados, de instalaciones inaptas para utilizar los progresos industriales. La sociedad, al contrario, tiene interés en que el dominio no desmembrado se reconstituya, y se reconstruya lo que exige cambio fundamental.

Y son los interesados mismos los mejores jueces de lo que conviene en una situación dada. Se entenderán mejor, usufructuario y nudo propietario, por sus convenios, que por sus litigios que nacen forzosamente de estas opiniones sobre construcciones que el usufructuario impone forzosamente y que los jueces no pueden resolver con buena justicia.

“Bajo el punto de vista de la razón y de la equidad, decía Demolombe, 10, número 584, 3º, esta doctrina nos parece, todo bien pesado, la mejor. Se replica diciendo que el nudo propietario rehusará siempre hacer las grandes reparaciones, y abusará de la situación del usufructuario,

Art. 36. — Se suprime del artículo 2891, el primer período. Se modifica el que sigue, así:

El constituyente del usufructo, o el nudo propietario, no están obligados a hacer reparación alguna en los bienes,

que se hallará forzado a hacerlas por sí, lo que, sin embargo, no pone a su cargo la ley. Pero ¿no sería también una necesidad durísima la que se querría imponer al nudo propietario de hacer las grandes reparaciones, es decir a estrecharse mucho a sí mismo, a obligarse a tomar prestado, o a vender; y todo esto por un bien de que no gozará por mucho tiempo, o de que no gozará jamás, tal vez, si el usufructuario es más joven que él; o, en todos los casos, por un bien que no entra en sus proyectos conservar, y que se propone, al contrario, destruir; por una granja, por ejemplo, que le será inútil, o por un castillo demasiado considerable?

“Bien sabemos, agrega, que se ha respondido que es libre de abandonar su propiedad. ¡Oh! sin duda; pero se reconocerá que el remedio es heroico y contestamos a nuestra vez, que también el usufructuario, es libre de abandonar su usufructo: ese derecho es recíproco; y no vemos por qué el propietario ha de ser reducido, más bien que el usufructuario, a esa necesidad”.

Demolombe concluye que el propietario no está jamás obligado a efectuar las grandes reparaciones. Y entiende por ellas las necesarias para evitar ruina, y las reconstrucciones (número 587).

Y sin embargo de su demostración, después de haber probado que desde el derecho romano, hasta Pothier, hasta

antes de su entrega al usufructuario, aunque se deteriorasen.

Lo demás como está en el artículo.

el Código francés, hasta el “carácter esencial del usufructo” (número 584, 2º) “hasta la razón y la equidad” (id., número 3º) imponen su conclusión, y exoneran al nudo propietario de incurrir en esos gastos, de repente, olvidado de todo, desanda camino ¡No está obligado! ¡No, jamás! Pero ¿y si el usufructuario los hubiese hecho, tendrá acción contra él? “O aprovechan al propietario” que los habría hecho verosímilmente, o “no le aprovechan porque pensaba demoler el edificio o darle forma nueva y otras dimensiones, o por cualquier otro motivo. En el primer caso, el usufructuario tiene derecho a una indemnización, que, al contrario, no puede reclamar en el segundo”. Demolombe, número 591. Es lo que nos repetía Planck.

No seguimos a Demolombe en su embarazada explicación de lo que “la equidad” exige en el caso, según que “un propietario injusto y de mala voluntad” pretendiese sobre lo que hubiera hecho o no hecho: número 591.

Pero decimos que no estamos ya en el terreno del derecho. Que estamos en el de la inseguridad más arbitraria. Sí, y no: esas son las conclusiones. No está obligado porque la equidad se opone a ello. Sí, está obligado porque la equidad lo exige. Y con semejantes doctrinas que no son ya las de la gestión de negocios, porque si la hay, crea derecho a **repetir todo lo gastado** y no el mayor valor; y que tampoco son las del enriquecimiento *sin causa*, porque el que gasta lo hace

Se suprime el artículo 2892.

Art. 37. — Se reproducen en uno los artículos 2894 y 2895; el último en período separado.

por razones de interés propio, y a sabiendas de lo que hace, — por eso el Código alemán no habla de enriquecimiento, — se abre la puerta de los litigios interminables, que el Juez resolverá, ¡quos ego!, analizando intenciones, juzgando de intereses, o mejor, de lo que debieran hacer juzgado de ellos las partes, y decidirá arruinando al que Demolombe no quería que se arruinara; número 584, 3º. No estaba obligado, pero se le condena a pagar.

La verdadera conclusión jurídica es la de que si la cosa está en situación tal que el usufructo no puede continuar, el usufructo se extingue. El nudo propietario, no es un locador que se obliga a hacer gozar al locatario. No debe nada al usufructuario. Está, hasta si era él el constituyente del usufructo, — en la mayor parte de los casos no lo será, — y hasta si fuera por precio, en la situación de un vendedor. No se obliga a refaccionar, ni a reconstruir las cosas aunque la ruina provenga del estado existente a la época de la entrega. Es dominio lo constituido, en un caso, y usufructo en otro. Hay una desmembración y nada más: siempre se trata de una enajenación. El usufructuario contrató en presencia de una cosa, cuyo estado conocía o debía conocer, y porque previó que le ocasionaría desembolsos, pagó un precio, y no pagó otro mayor.

Nuestro código se ajusta a la verdadera naturaleza de las relaciones jurídicas entre nudo propietario y usufructuario.

Art. 38. — Se reproduce el artículo 2896, modificado así:

El usufructuario debe contribuir con el abono de los intereses legales al pago de los gastos de cerramiento forzoso y de deslinde siempre que sean requeridos por el vecino de la propiedad, y cuyo capital corresponde pagar al nudo propietario. Puede el usufructuario optar por abonar esos gastos con cargo de restitución al fin del usufructo por el nudo propietario, pero sin poder exigir intereses. Del mismo modo se procederá para el pago de las cargas de que habla el segundo párrafo del artículo anterior, y de los gastos causados por la apertura de calles y caminos y otros semejantes.

Art. 39. — Se reproduce el artículo 2899, al que se su-

Art. 38. — No dicen los artículos 2895 y 2396, de que manera debe contribuir el usufructuario a los gastos y cargas de que hablan. Adoptamos la decisión del artículo 609, Código francés, seguido por el 507, Código italiano, y 505, español.

Rectificamos la redacción según la cual el usufructuario debe contribuir a los gastos de la apertura de calles, lo que es manifiestamente una inadvertencia. A lo que se contribuye es a los gastos determinados por la apertura de calles, como muros, veredas, pavimentos, etc.

Art. 39. — La supresión del último período del artículo 2899, se explica por sí sola. Claro está que el testador puede

primirá el último período, que empieza: "El testador puede ordenar, etc.

Art. 40. — Cuando el objeto del usufructo sea destruído o deteriorado, o exija una reparación extraordinaria, o una reconstrucción, el usufructuario debe hacerlo saber inmediatamente al propietario.

Se pondrá como segundo párrafo separado el artículo 2880 pero se intercalará, después de "obligado a": "impedirlo y a ponerlo en conocimiento de éste. Cuidará de ejercer las servidumbres activas". Pero el último período de éste "Si no lo hiciere así, etc.", constituirá un tercer párrafo separado. Se suprime el artículo 2893.

Art. 41. — Cuando el usufructuario de un inmueble

determinar la extensión de su legado y decir si quiere que se entregue libre de afectaciones. Si no lo dice, también es de principio que la cosa se entrega en la condición en que se encuentra.

Art. 40. — El primer párrafo propuesto constituye el § 1042, Código alemán. El agregado "impedirlo y a", hace inútil el artículo 2893. Es obvio que si no paga el usufructuario no "las deudas inherentes a los bienes", como dice el artículo 2893, sino las que les corresponde pagar de entre ellas, incurre en la responsabilidad de todo el que causa un daño por no cumplir con sus obligaciones.

Art. 41. — § § 1043 y 1044, Código alemán, al cual hemos agregado las palabras finales: según Demolombe, número 655 y 418.

hace por sí las reparaciones extraordinarias, o una reconstrucción, debe, dentro de los límites de una buena administración, emplear las partes constitutivas del fundo que no entran en la clase de los frutos que le corresponden.

Si, en los mismos casos, no hace los trabajos, debe permitir al nudo propietario para ejecutarlos el empleo de las mismas partes constitutivas del inmueble, y tolerar, sin indemnización, esos trabajos.

Art. 42. — El usufructuario debe asegurar, a su costa, la cosa durante su usufructo, contra incendio, y otros siniestros, cuando el seguro hace parte de las reglas de una administración ordenada. El crédito contra el seguro pertenece al nudo propietario. Si la cosa estuviera ya asegurada, el usufructuario abonará las primas.

Art. 43. — En caso de siniestro, el usufructuario tiene el usufructo de la indemnización, según las reglas del usufructo de un crédito.

Puede exigir, y también el propietario, que la indemnización se emplee en la reconstrucción, o restablecimiento de la cosa, cuando estos son exigidos por las reglas de una administración ordenada.

El nudo propietario puede encargarse de esa reconstrucción o restablecimiento, o encargarla al usufructuario, sin remuneración.

El usufructo continúa, en tal caso en la cosa restablecida.

Arts. 42 y 43. — § § 1045 y 1046, Código alemán. Salvan un vacío grave de nuestro código.

Art. 44. — El usufructuario de parte indivisa de una cosa ejerce todos los derechos de un condómino referentes a la administración, y a la percepción de los frutos. Si cesase el condominio, el usufructuario ejercerá sus derechos de tal sobre los objetos que se adjudicaron al nudo propietario indiviso.

No puede pedirse la división sino de común acuerdo, por el condómino y el usufructuario.

Art. 45. — Se reproduce el artículo 2876, y se modifica agregando después de “las diversas acciones posesorias”, las palabras “y petitorias”.

Art. 46. — Se reproduce el artículo 2877, modificado así:

Art. 44. — Artículo 490, Código español, y § 1066, Código alemán. En cuanto a la cesación de la indivisión no distinguimos, — siguiendo en ello al Código alemán — entre indivisión de usufructo causal y usufructo formal, o indivisión de propiedad entre el nudo propietario y sus condóminos. En contra, Demolombe, 10, número 337 bis. Véase Planck, sobre el § 1066, c) 3º y número 2. Cuando hay varios usufructuarios, puede dividirse entre ellos el uso y goce: no la cosa. Id., número 3 y Demolombe, número 337 bis.

Art. 45. — Agregamos “y petitorias”, como está en los autores citados en la nota: en Proudhon, número 1240.

Art. 46. — Sobre los agregados, Demolombe, números 343 y 345; Proudhon, 3, números 1246, 1252, 1382 y siguen-

Si el nudo propietario no hubiese intervenido en el juicio, — y lo demás como está en el artículo actual, cambiando, al principio de éste, “La” por “la”.

Se agregará en párrafo último separado:

Cuando no hubiera sido el usufructuario parte en el juicio, puede invocar la sentencia favorable al propietario. No puede oponérsele la dictada contra éste.

Art. 47. — Se reproduce el artículo 2909, con las siguientes modificaciones:

a) se sustituirán las palabras “en la proporción antes establecida”, por las siguientes: “de la manera dispuesta por el artículo 38”;

b) se suprimirán las palabras: “Igual regla debe seguirse” y se pondrá: Si se ha perdido, cuando el propietario y el usufructuario han sido partes en el juicio, se seguirá igual regla, pero si el usufructo se extinguiera por esa causa, los gastos se dividirán por partes viriles.

Lo demás del artículo como está.

Art. 48. — Se reproduce el artículo 2908, pero se le

tes. En cuanto a los efectos de las acciones deducidas antes de la entrega de la cosa en usufructo, o de su inscripción, se aplican las reglas de la Parte general.

Art. 47. — Demolombe, números 622 y 623; Zachariæ, II, § 309, nota (de Massé y Vergé), 24; Aubry y Rau, II, § 232.

Art. 48. — Se ha establecido como principio fundamental, artículo 2870, que el usufructo no puede ser cedido, sino su ejercicio.

sustituirán las palabras “y se les pague con él”, por las siguientes: “y se les conceda su ejercicio para cubrir sus créditos. Deberán prestar fianza, etc.”

Art. 49. — El usufructuario podrá retener la cosa fructuaria hasta el pago de los reembolsos e indemnizaciones a que, según los artículos precedentes, está obligado el propietario.

No pueden, por consiguiente, sus acreedores ni hacerlo vender, ni adjudicárselo en pago. Pueden ejercerlo, y nada más. Demolombe admite la cesión en pago, porque piensa que puede cederse el usufructo mismo.

La fianza, dice el artículo 2870, continúa. El 2908 exige una nueva, sin duda por las razones expuestas por Demolombe que lo inspira: número 363 bis que, sin embargo, había combatido en la nota al artículo 2870 (1). Hay cierta incongruencia, pero puede admitirse, pues el fiador pedirá exoneración de la fianza en presencia de acreedores hostiles a su afianzado.

Art. 49. — Artículo 800, Código de Chile.

(1) Copiada de Aubry y Rau, II, § 230, nota 61.

§ 2.

De los derechos y obligaciones del nudo propietario de cosas

Art. 50. — Se suprimen los artículos 2910 y 2915.

Se sustituyen los artículos 2912 y 2914, por el siguiente:

El nudo propietario no puede hacer acto alguno que dañe o restrinja los derechos del usufructuario. No puede efectuar en la cosa innovación o alteración alguna. Nada puede sacar de ella, ni agregarle nada, aunque de ello no resulte daño para el usufructuario. No está obligado a retirar los materiales, árboles, u otras partes constitutivas, que provengan de destrucciones de la cosa, si prefiere abandonarlas al usufructuario.

Art. 50. — Los escritores citados en las notas a los artículos 2919 y 2915, han explicado claramente que las obligaciones del nudo propietario, son las que emergen del usufructo mismo y no de los actos jurídicos que le dan origen. Estas se rigen por las reglas generales, y no se trata de repetir cuando el heredero debe entregar el legado, o cuando el vendedor o donatario deben la cosa, y en que condiciones ha de efectuarse la prestación.

Ya en un artículo anterior se ha dicho que el usufructuario debe ser puesto en posesión del objeto. Constituido el usufructo, hay un derecho real que, sin intermedio del nudo propietario y sin hecho de él, se ejercita. La única obligación del propietario, es la de toda persona ante un derecho

Art. 51. — Se sustituye el artículo 2916, por el siguiente:

El nudo propietario conserva el ejercicio de todos los derechos de que no resulte inconveniente para los del usufructuario. Puede enajenar e hipotecar la cosa, y constituir servidumbres activas. Puede establecer servidumbres pasivas, pero no podrán ejercerse sin asentimiento del usufructuario antes de la extinción de su derecho, si le causasen perjuicio o molestia.

El nudo propietario puede inspeccionar con moderación el bien sin causar inconvenientes al usufructuario.

Art. 52. — Se reproduce el artículo 2917. Se suprime la parte final, desde donde dice “aunque por tales trabajos, etc.” y se agregará:

Se aplica al nudo propietario lo declarado respecto del usufructuario en el artículo 23.

Puede también demandar la cesación de un uso del usufructuario que exceda de su derecho, o cause peligro a la cosa.

real: la de abstenerse de molestar o impedir su ejercicio. No es relación de crédito y deuda. Si garantiza, o no, la evicción, es asunto de las relaciones causales de que el usufructo resulta. No es materia del usufructo mismo. Demolombe, números 651|3; Aubry y Rau, II, § 231, al fin. *Proprietatis dominus non debet impedire fructuarium ita utentem, ne deteriore ejus conditionem faciat*. L. 15, 7, 1, Dig.

Art. 51. — Demolombe, números 654, 659 y 663.

§ 3.

De la extinción del usufructo de cosas *

Art. 53. — Extinguido el usufructo, el usufructuario deberá dejar libre la posesión del bien y entregarlo al nudo propietario, salvo lo dispuesto sobre locación en los artículos precedentes. Los frutos que la cosa produjese así como los intereses de los dineros pertenecen de pleno derecho desde el momento de la extinción, al propietario, aunque el usufructuario, de buena, o de mala fe, continuase en el goce de las cosas.

Art. 54. — Si la extinción proviniese de la muerte del usufructuario, la familia dispondrá de un plazo de noventa

* Todos los artículos desde el 2918 al 2947, quedan sustituidos por los del presente § 3.

Arts. 53 y 54. — Proudhon, 5, número 2570; Demolombe, 10, números 635 a 639. Nos separamos de esos escritores respecto a pago de alquileres por el tiempo concedido para el desalojo, porque, si extinguido el usufructo por la muerte o la disolución, imprevistas, del usufructuario, se reconoce que es humano conceder cierto plazo, no se ve de donde surge la obligación de indemnizar. Es una generosidad a medias.

días para desalojar el inmueble que habitase, sin cargo alguno por el alquiler.

Las personas jurídicas, asociaciones registradas y sociedades gozarán de igual término para el desalojo de los inmuebles en que funcionasen, contados desde su disolución

El código se extiende en disposiciones prolijas sobre causas de extinción del usufructo que no constituyen sino repeticiones de las disposiciones generales sobre extinción de los actos jurídicos y de los efectos de ellos, así como de las particulares de constitución del usufructo. Y aún así, se repiten en el mismo capítulo que examinamos, (por ejemplo: artículos 2922, 2943 y 2944), las especiales que se ha considerado útil exponer con fines más didácticos que legislativos. Demolombe, números 736|9.

De la naturaleza de las relaciones que nacen del usufructo, surge necesariamente que en toda hipótesis de extinción, precisamente por ello, el resultado se produce de pleno derecho. Porque extinguido, no oprime con su funcionamiento la propiedad. Esta recupera su plenitud, por su elasticidad misma; no hay nada que soportar. Nada que demandar: *quia res mea est*.

Es por consiguiente inexacto lo que el artículo 2927 dispone y su nota trata de justificar. No es la teoría general de la condición resolutoria que, según el código, retrotrae al día de la constitución del acto jurídico, y que el código mismo aplica al dominio, artículos 2668, 2669 y 2670. Todo desaparece, salvo los actos administrativos de locación. Y si eso es verdad para el dominio, con mayor razón lo es para

si fué anterior al término de constitución. En caso contrario, desalojarán dentro del término establecido.

Art. 55. — Se reproduce el artículo 2928.

Art. 56. — Se sustituyen los artículos 2931 y 2932, por el siguiente:

Se extingue el usufructo por la renuncia que haga de él el usufructuario. No es necesaria la aceptación del nudo

el usufructo, porque la nuda propiedad se ha reconstituido en toda su libertad y poder.

La opinión de Proudhon, que la nota recoge, es notoriamente errónea. No porque se discuta ante el Juez una cosa, dejan de haberse producido las situaciones que determinan las acciones: la sentencia es declarativa, en esos casos, y no es constitutiva. No hay distinción que hacer entre la extinción por acaecimiento de la condición, y por término: Demolombe, números 635, 745 y 746.

Art. 56. — Se ha establecido por punto general que las manifestaciones de voluntad relativas a derechos reales sobre inmuebles han de ser inscritas para existir, y a su vez que para esa inscripción se exige la escritura pública.

Nuestro artículo generaliza el caso de extinción de que los artículos 2931 y 2932 hablan y que califica la nota de renuncia de usufructo. Conviene aclarar los conceptos.

Se ha dicho en notas anteriores que el derecho del usufructuario es independiente del de nudo propietario, y que éste recupera la plenitud del dominio cuando aquel cesa de limitarlo. La renuncia es, pues, por esa causa un acto uni-

propietario. Si la cosa fuese inmueble, o hubiera inmuebles en el usufructo, la renuncia produce extinción si se inscribe en el Registro de la Propiedad. Si fuese mueble basta su comunicación al propietario. Esta disposición se aplica a la renuncia hecha por contrato oneroso, o gratuito.

lateral que no exige sino la resolución del usufructuario. Nadie tiene derechos contra su voluntad. Para que sea irrevocable la situación debe publicarse, o mejor, hacerse, por la inscripción en el Registro, o, si se trata de cosas muebles, hacerla saber. § § 1062, 1063 y 1064, Código alemán.

Si esta renuncia se efectúa por precio, o constituye liberalidad, si se realiza por acuerdo, o por acto unilateral, es indiferente: es cosa de relaciones personales. Como efecto real es siempre lo mismo: el propietario **no adquiere usufructos**, y esto porque es propietario. Existe solamente renuncia hecha por quien lo puede.

Si esa renuncia es hecha frente a un adquirente de la nuda propiedad distinto del anterior dueño (artículo 2931) o frente a éste, es indiferente. No se trata nunca de "enajenación" del usufructo como lo expresa, olvidado de que un artículo anterior nos ha dicho que no se enajena: se cede el ejercicio y no el derecho. En cambio, lo que hay es renuncia.

El código no habla de esta que es la relación jurídica general a aquel y a otros muchos casos, sino de paso y por accidente en el artículo 2933.

Sobre estos asuntos reina incertidumbre en la nomenclatura, no en las soluciones. Demolombe considera caso de

Art. 57. — Se reproduce el artículo 2933.

Art. 58. — Se modifica el artículo 2930, así:

Cuando la adquisición de la nuda propiedad hecha por el usufructuario, o la renuncia del usufructo, quedasen sin efecto por evicción, u otra causa, el usufructo se restablece en su situación anterior.

consolidación la libertad del inmueble derivada de la adquisición hecha por el propietario, porque admite la “enajenación” del derecho mismo de que nuestro artículo 2931, es eco: números 683[4]. En cuanto a la renuncia, Planck, sobre los § § ya citados; Demolombe, número 727 y siguientes. Sobre si es consolidación o renuncia, véase Aubry y Rau, II, § 234, c) y nota 26, y la crítica de Marcadé al artículo 617, Código francés.

El artículo 2929, — suprimido — considera consolidación la libertad del dominio causada por la muerte del usufructuario, esto es el caso típico de extinción del usufructo. Con razón criticaba Demolombe ese concepto, número 683. “El usufructo según eso, decía, se extinguiría siempre por consolidación, hasta cuando se acabara por muerte del usufructuario”.

Todo sería consolidación, y nada sería consolidación.

Quedan sin reproducir los artículos 2938 y 2939, por inútiles. Desde que la destrucción parcial de una cosa, no causa extinción, artículo 2937, todo lo que queda pendiente es la cuestión de responsabilidad por culpa, que está resuelta por los artículos anteriores sobre administración

Art. 59. — Se reproduce el artículo 2923; se suprime toda la parte de él desde donde dice: “a no ser que del título, etc.”, hasta el fin.

Art. 60. — Se reproduce el artículo 2934, al que se agregará como segundo párrafo, el 2935.

Art. 61. — En caso de pérdida parcial de la cosa, el usufructo continúa tanto en lo que de ella queda en su forma primitiva, como en los restos y accesorios.

Art. 62. — Se reproducen los artículos 2924 y 2925. En el primero se suprimirá todo lo que sigue desde “entre presentes, etc.”.

Art. 63. — Se reproduce el artículo 2945.

forzada, fianzas, y derechos del nudo propietario. § § 1053 y 1054, Código alemán.

Tampoco es necesario el artículo 2941, desde que no hay que explicar que si ha concluído el usufructo no renace. Se trata de las aplicaciones que la doctrina viene haciendo del principio establecido por el artículo 617, Código francés. El artículo suprimido, de redacción de Freitas, de acuerdo con la doctrina de Demolombe — artículo 4671 — se refiere a casas, y no a las cosas en general como está en el nuestro. No comprende la ocupación temporaria por inundación u otras causas, que no extingue el usufructo si las aguas se retiran, etc. — Freitas, artículo 4670, y Demolombe, número 713 y siguientes.

Es también claro que la extinción por pérdida de la cosa, no se extiende a los usufructos de patrimonios o con-

CAPITULO II

Del usufructo de derechos

Art. 64. — Se aplican al usufructo de derechos los artículos precedentes sobre el de cosas, salvo en lo que prescriben los siguientes.

Art. 65. — No puede constituirse usufructo sobre créditos o derechos intrasmisibles.

La Constitución del usufructo se efectúa según las reglas relativas a la cesión del derecho.

Si se trata de un derecho en cuya virtud puede exigirse una prestación, se aplican las disposiciones que en caso de cesión reglan las relaciones entre adquirente y deudor.

juntos de cosas, y que, si se restauran, dentro del patrimonio quedan.

—— Hemos suprimido el artículo 2942, no ciertamente por diferencia de doctrina, sino porque es inútil. Háse establecido que el usufructo se adquiere por prescripción. Es obvio que en tal caso no puede coexistir otro opuesto, o no hay adquisición. No pueden superponerse dos usufructos coextensivos, como no pueden coexistir dos dominios sobre la misma cosa.

Art. 65. — Artículos 1184, 2838, 2842 y 3751; § § 1069 y 1070, Código alemán. Artículos 2875 y 2911; 1434 y 1457; Proudhon, 2, números 1029|30.

Art. 66. — Si el ejercicio del usufructo ha sido entregado a un administrador según lo prevenido en los artículos precedentes, la entrega no produce efectos respecto del deudor sino cuando ha sido notificado del auto que lo ha nombrado, o cuando tuvo conocimiento de su existencia. Lo mismo ocurrirá respecto de la cesación del administrador.

Art. 67. — Un derecho sometido a usufructo no puede ser extinguido o modificado por acto jurídico, sino con el consentimiento del usufructuario. El consentimiento debe ser declarado a la persona a cuyo favor se presta. Es irrevocable. Si se trata de derechos inscritos en el Registro de la Propiedad, el consentimiento, para producir sus efectos, debe ser inscrito.

Art. 68. — Corresponden al usufructuario de rentas vitalicias, o temporarias, pensiones, u otros derechos semejantes, las prestaciones que pueden exigirse en virtud de esos derechos.

Art. 66. — § 1070, Código alemán.

Art. 67. — § 1071, Código alemán.

Art. 68. — § 1073 Código alemán. Artículo 588, Código francés; artículo 482, Código italiano; artículo 474, Código español. La disposición es general para todos los derechos que, como el de autor, las concesiones para usar las patentes de invención, y otros semejantes, autorizan el cobro de cánones, o rentas; en cuanto a las obligaciones de capital y renta, se rigen por las disposiciones especiales siguientes. Demolombe, número 327 y siguientes.

Art. 69. — En sustitución de los artículos 2875, 2905 y 2906:

El usufructuario de un crédito tiene derecho de cobrar-

Art. 69. — Artículos 2875, 2904, 2905 y 2906. § 1074. Código alemán. El derecho del usufructuario se extiende a las opciones en las obligaciones alternativas. Planck, sobre el § 1074, alemán, y como él Dernburg, Bürgerliches Recht, III, § 193, A.

El artículo 2875, levanta una grave dificultad. No permite cobrar judicialmente un crédito al usufructuario sin el concurso del acreedor. Pero el artículo 2906, le hace responsable si por su negligencia dejase de cobrarles, y, agrega: “de ejercer todos los actos judiciales a ese objeto”. El pensamiento, está, por decir lo menos, oscuro.

Se agrava la dificultad si se observa que Aubry y Rau, Proudhon, y Demolombe, citados en la nota, dicen expresamente lo contrario de lo que el artículo 2875 resuelve.

Freitas de quien tanto se ha tomado en este título, también proyecta de acuerdo con la opinión de esos escritores: artículo 4658. De él son — artículos 4656, 4657 y 4659 — nuestros artículos 2904, 2905 y 2906.

Tenemos algún motivo para pensar que el artículo 2875, en su segunda parte, es inspirado por el artículo 101, título 21, Parte primera, Código prusiano. El usufructuario, dice, no tiene derecho, sin consentimiento del propietario, de provocar el reembolso de los capitales cedidos en usufructo o disponer de ellos de otra manera”.

Sea de ello lo que fuere, ni es la inteligencia exacta de esa disposición, ni es acertada la del artículo 2875.

lo, y, si su exigibilidad depende de una declaración, o de una opción, de parte del acreedor, tiene aquel el derecho de hacerla. Está obligado a ejercer todos los actos judiciales para obtener el pago.

Los créditos pueden ser de dos clases muy diferentes. O se refieren a una prestación de un objeto, o a capitales productivos de intereses o rentas.

Los primeros no proporcionan ventaja alguna al usufructuario, sino por la percepción del objeto debido. Para nada le sirven sin ella. (Motive, III, página 544): "Solo es un medio para obtener un objeto patrimonial utilizable".

La interpretación natural de la constitución de un usufructo en ese caso, es la de constituirlo sobre la prestación futura. Y o el usufructo no da derechos directos al usufructuario para realizar su uso — artículo 2876 — o, necesariamente debe autorizar el cobro judicial del crédito. En cuanto a los créditos de la otra clase, pronto veremos cual es su situación.

Por eso, ninguno de los escritores franceses invocados en la nota al artículo 2875, pone en duda siquiera, el derecho del usufructuario, ni en el derecho alemán ocurre: Planck, sobre el § 1074, número 1, a).

Ahora: que el usufructuario no pueda disponer en perjuicio del propietario-acreedor, del crédito, que no pueda remitir, novar, transigir, admitir daciones en pago de otras cosas, se comprende. Debe cobrar, para usufructuar, lo que es el verdadero objeto del usufructo: la cosa debida.

No puede extinguir o modificar el crédito por otros medios que por el pago efectivo y la compensación.

El Código alemán, no ha exceptuado la compensación de esa regla general. No creemos por eso que la prohíba, porque se conoce su teoría general, sobre la compensación: es un pago facultativo.

Pero, aun admitiendo que ese silencio signifique prohibición, creemos que Dernburg, tiene razón cuando manifiesta que no es razonable impedir la compensación opuesta por el usufructuario; la invocada por el deudor es de su derecho y no depende de los actos de su acreedor constituyente de usufructo.

¿Qué importa al acreedor, dice Dernburg, el modo de cobrarse el crédito? ¿Acaso cambia su situación porque el usufructuario cobre de un modo, o de otro? *Dolo facit, recuerda, qui petit quod redditurus est*".

Y, por otro lado, se crean situaciones inadmisibles, al usufructuario. Se le impide defenderse contra la acción del tercero — deudor, — en mala situación de fortuna, amenazado de quiebra, y a quien no podrá cobrar, a su vez, el crédito usufructuado. Dernburg, *Bürgerliches Recht*, II, § 193, II, A 1.

Esas razones, son, creemos, concluyentes: de ahí la reforma que hacemos a las disposiciones de los artículos 2875 y 2905, en cuanto a la compensación.

No debe olvidarse que todas las reglas del usufructo de cosas se aplican al del presente capítulo, en cuanto no las

Art. 70. — En sustitución del artículo 2904:

La prestación efectuada por el deudor al usufructuario hace adquirir al acreedor el objeto prestado, y al usufructuario el usufructo de él. En su caso, y según las reglas de este título, el usufructuario adquiere la propiedad de las cosas consumibles por su primer uso.

Art. 71. — Cuando el usufructo tiene por objeto un crédito por un capital productivo de intereses el deudor no puede pagar el capital sino al acreedor y al usufructuario conjuntamente. Cada uno de estos puede exigir que el pago se le haga en esa forma. Puede pedir que el pago se efectúe por consignación en cuenta común. Si la exigibilidad depende de una declaración, o de una opción, debe hacerse conjuntamente. En caso de desacuerdo, cada interesado puede pedir el pago por consignación.

Art. 72. — El usufructuario y el acreedor en el caso del artículo anterior están recíprocamente obligados a la

modifique. Si, por consiguiente, el deudor levantara litigio sobre la existencia misma del crédito, se aplicarán las de los artículos 2876, 2877 y 2909.

Art. 70. — § 1075, Código alemán.

Art. 71. — § 1077 Código alemán. Demolombe, 330, bis.

Arts. 71 y 72. — Constituye el supuesto de estos artículos el segundo caso de créditos de que antes hablamos. En tal hipótesis, la interpretación natural es la de que el usufructo tiene por objeto los intereses o renta del capital.

reinversión del capital cobrado. En caso de desacuerdo se seguirán las reglas del empleo de los dineros de menores, a interés. El usufructuario puede elegir la naturaleza de la inversión de acuerdo con las condiciones de una administración prudente.

Art. 73. — Si el usufructo es de títulos al portador, o de papeles endosables en blanco, la posesión del papel y de sus renovaciones, pertenece en común al usufructuario y al propietario. La posesión de los cupones de interés o dividendo, pertenece al usufructuario.

De ahí las consecuencias que los artículos deducen de esa apreciación de la relación jurídica. § § 1076 y 1079, Código alemán. Los escritores franceses no han desarrollado esta materia, si bien manifiestan opiniones aproximadas, tratando ciertas cuestiones especiales. Demolombe, número 323 y siguientes; Laurent, 6, números 413|4 y 424.

Hemos proyectado que a falta de acuerdo entre usufructuario y acreedor, para exigir el crédito, podía cada uno, pedir el pago por consignación. Aunque los escritores alemanes vacilan sobre otras soluciones, por ejemplo, la de nombramiento de administrador judicial, adoptada en el primer proyecto, la de consignación es reconocida por todos. Planck sobre el § 1078, número 1.

Art. 73. — § § 1081 y 1082, Código alemán.

Para constituir el usufructo no es necesaria la entrega del título: basta que se posea en común.

A pedido del usufructuario, o del propietario, debe depositarse el título en el Banco de la Nación, a la orden conjunta de aquellos. Los cupones se pagarán al usufructuario.

Art. 74. — En caso de reembolso del título, se procederá como lo dice el artículo 72. Si hay prima de reembolso, o si en los cupones va incluida amortización del capital, la prima y la amortización forman parte de este.

El usufructuario y el propietario, están recíprocamente obligados a tomar todas las medidas requeridas por una administración ordenada del título.

Si el papel tiene por objeto cosas que no son dinero, se aplican las disposiciones sobre usufructo de cosas.

Art. 74. — § 1083, Código alemán. Cuando el papel tiene por objeto la entrega de cosas, por ejemplo, warrants, conocimientos, y otros semejantes, se aplican a esos objetos las reglas del usufructo según la clase a que pertenezcan.

CAPITULO III

Del usufructo sobre un patrimonio

Art. 75. — En^a sustitución de los artículos 2827 y 2869.

El usufructo constituido sobre un patrimonio, o una cuota de él, será regido por las disposiciones siguientes, y subsidiariamente, en cuanto sean compatibles con ellas, por las precedentes de este título.

Art. 75. — La constitución de usufructo sobre un patrimonio, sea por disposiciones de última voluntad, sea por actos entre vivos, tiene por razón de la disposición misma, una doble faz: se refiere a un conjunto de bienes, tales como ese conjunto los presenta, con deudas que lo tienen por garantía, porque comprende en él todas las cosas que están o pueden estar en el patrimonio por efecto de los derechos existentes; y también — por la fuerza de las cosas, — solo constituye un complejo de bienes singularmente considerados. No es como la herencia una sustitución de persona en un patrimonio. Es un usufructo sobre cada bien, regido en cuanto a los derechos que confiere por las reglas generales, sin perjuicio de las que rigen las relaciones jurídicas derivadas de la circunstancia de ser establecido sobre todos los bienes que están en el patrimonio. Aunque sea a título de última voluntad, es un legado particular. Savigny, *Droit romain*, 4, § 159; Demolombe, 10, números 268|8 bis; § 1085, Código alemán; Motive, III, página 558.

Art. 76. — Se reproduce el artículo 2869, pero se agregará después de “corresponde”, “en usufructo” y lo demás como está.

Art. 77. — Cuando el usufructo de todos los bienes hubiera sido constituido a título gratuito, los acreedores del constituyente por créditos anteriores a la constitución, pueden exigir, sin consideración al usufructo, el pago sobre los bienes que le están sometidos.

Art. 76. — Decimos “corresponde en usufructo” para expresar que no adquiere su propiedad, a título de usufructuario. El artículo 2861, ofrece un ejemplo de lo que se trata de diferenciar. Se ha decidido que el usufructuario de un inmueble determinado no adquiere lo que paga el vecino por la medianería de un muro, y esto, ni siquiera en usufructo. En el de un patrimonio esa suma ingresa al capital de que usufructúa el que tiene el goce, pero no es de su propiedad. Demolombe, número 258 bis.

Art. 77. — Artículos 1840, 2898, 2900 y 2901.

Nuestro artículo tomado del § 1086, Código alemán con una modificación, está de perfecto acuerdo con el derecho vigente y las doctrinas de la legislación francesa y sus intérpretes, que los han inspirado. El usufructuario no es deudor personal. Los bienes recibidos en usufructo, están sujetos a la acción de los acreedores del constituyente por las obligaciones ya existentes en la época de la constitución.

Los artículos 2900 y 2901, hablan solamente de legados. El 2898 de adquisición a título gratuito. La disposición pro-

Si el usufructuario adquirió la propiedad de las cosas consumibles el derecho del constituyente al pago de su valor equivale a la cosa, y el usufructuario está obligado, frente a los acreedores, a su pago inmediato.

yectada comprende todos los casos de legado, donación, institución contractual, etc. Demolombe, 10, números 522, 531 y siguientes, y 546; 20, números 452 y siguientes, 460[4; Savigny, Droit romain, 4, § 159; Aubry y Rau, II, § 232, y VII, § 706; Marcadé, II, números 528 y 529 bis.

El Código alemán, § 1086, no limita la solución a la constitución del usufructo por acto gratuito. Comprende, por consecuencia, la efectuada por acto oneroso, que los escritores franceses no aceptan.

Dejando de lado, por ser evidente, la adquisición de usufructo en virtud de disposiciones de última voluntad, y limitándonos a los actos entre vivos, debemos decir que, en las donaciones, la facultad de perseguir los bienes que constituyen la garantía patrimonial de los acreedores, en poder del usufructuario favorecido, es una consecuencia del principio fundamental condensado en la vieja fórmula: *bona intelliguntur cuiusque quæ deducto ære alieno supersunt*. L. 39, § 1, 50, 16, Dig. Constituye, además, una aplicación de la idea que informa la acción pauliana. La deducción legal, es, pues, natural.

También pudo, — y lo hace el Código alemán, — aplicarse igual consecuencia a la constitución del usufructo a título oneroso. En la máxima parte de los casos, las aparentes enajenaciones onerosas de usufructos generales, no son

Art. 78. — Se reproduce el artículo 2900, modificado así:

Si el adquirente a título gratuito de un usufructo universal, quisiera anticipar las sumas necesarias para pagar las deudas de la sucesión o del donante, le será restituído el capital, sin intereses, al fin del usufructo. En caso contrario, el heredero, o el constituyente puede elegir entre pagar los

sino donaciones disfrazadas, o simulaciones para perjudicar a los acreedores. Pero pueden ser sinceras, y reservar lo necesario para satisfacerles. Parece, entonces, que basta la acción pauliana, o la de simulación para proteger los intereses perjudicados, sin someterlos a una regla inflexible de presunción de dolo, o ineficacia. Por eso conservamos, bajo ese aspecto, el derecho existente, corregido de las deficiencias que con los escritores ya citados, hemos señalado en su redacción.

Art. 78. — El artículo regla solamente las relaciones entre usufructuario, y constituyente, que puede no ser el nudo propietario actual, y que, en caso de legado, es el heredero sucesor del constituyente. Por eso conservamos la referencia a los distintos casos, para evitar la necesidad de un artículo especial como el § 1089, Código alemán, para las sucesiones hereditarias.

El usufructuario no es deudor, y las demandas de los acreedores deben dirigirse a su deudor, sin perjuicio de hacer intervenir en la instancia, si les conviene, al usufructuario, y sin perjuicio del derecho de este para impugnar en el juicio de apremio el que se ejercita contra él. En el mismo

créditos, y, en este caso, el usufructuario debe los intereses, de pleno derecho, durante el usufructo, o hacer vender una parte suficiente de los bienes usufrutuados

Si no se restituyen las sumas adelantadas por el usufructuario, correrán a su favor, de pleno derecho, los intereses desde la terminación del usufructo.

Si este fuese de parte alícuota lo dispuesto se aplica en proporción de esa parte.

Art. 79. — Se sustituye el artículo 2901, por el siguiente:

Si el legado de usufructo solo comprende la universalidad, o la parte alícuota, de determinada clase de bienes, se estimará su valor y el de los restantes del causante, y contribuirá el usufructuario por su parte proporcional al pago de las deudas, según lo dispuesto en el artículo anterior.

caso está el nudo propietario no constituyente. Planck, sobre el § 1086, números 3 y 5. Demolombe, 10, números 522|3 y 543, y sobre los intereses, número 536, bis; Laurent, 7, número 28.

Art. 79. — Demolombe, 10, número 533, y siguientes. Decimos “legado de usufructo”, como está en el texto actual, y no, “usufructo a título gratuito”, como en los artículos anteriores, por las razones expresadas en Demolombe, 20, número 462; Aubry y Rau, 7º, § 706, y nota 5.

Art. 80. — Se modifica el artículo 2898, así:

El usufructuario a título gratuito, de todos o parte de los bienes del constituyente, está obligado a pagar en proporción de su goce, y sin ninguna repetición, las pensiones alimenticias, las rentas, sueldos, y réditos devengados de ellas, que pesan sobre el patrimonio por créditos ya constituidos.

NOTA. — Todo el título del usufructo queda resumido y sustituido por las disposiciones proyectadas

Art. 80. — No es únicamente, como lo dice el artículo, el usufructuario de una parte alícuota de los bienes, sino también, el de todos ellos, el que debe abonar las rentas que ordinariamente pesan sobre el patrimonio y que, como lo dice el § 1088, Código alemán, se abonan con las entradas de él en una administración bien ordenada. Es, por lo demás, lo que, a la letra, dice Marcadé de quien, según la nota, se toma la disposición: II, número 528.

TÍTULO IX

Del uso y de la habitación

Art. 1. — Se sustituyen los artículos 2948, 2949, 2951 y 2952, por el siguiente:

El derecho real de uso de la cosa ajena, a favor de una persona determinada, se constituye del mismo modo y con las mismas limitaciones que el usufructo. No hay uso legal.

No puede establecerse sobre cosas consumibles.

El derecho de uso se rige por su título constitutivo. En defecto de disposiciones se aplicarán las siguientes.

Art. 2. — En sustitución del artículo 2953:

El uso, y también si consiste en el derecho de habitación de una casa, se limitan a las necesidades personales del usuario y su familia, según su condición social.

Art. 1. — El artículo 2951 habla de cosas fungibles, confundiéndolas con las consumibles, de que habla Demolombe; si, según el artículo 2962, puede existir uso de rebaños y pías, en que cada animal es el equivalente de otro de igual clase y calidad, es evidente que puede establecerse ese derecho sobre cosas fungibles.

Art. 2. — En el sentido del derecho de uso no es el parentesco el que determina su medida, sino las necesidades personales del titular, y estas son caracterizadas por las per-

La familia consiste en los esposos, los descendientes, legítimos, o naturales y sus cónyuges, así como las personas a quienes el usuario deba alimentos, con tal que unos y otros, vivan con él; y las personas de su servicio.

sonas que viven con él. Los hijos establecidos fuera de la casa, los padres, aunque reciban alimentos, si no viven con él, no constituyen la familia. Tampoco se limita a los sirvientes: un maestro, o institutriz, si habita con su principal, están incluidos en ella, aunque no sean domésticos.

Por último, la familia formada por el matrimonio posterior del usuario soltero en el momento de la constitución, acrece las necesidades personales, legítimamente, y determina la extensión de su derecho. En parte, está conforme Demolombe, 10, número 776 y siguientes, que cita la nota al artículo 2953; pero no lo está en cuanto a los padres, hijos casados, etc., **aunque vivan con el usuario**, dice (número 779). Esto, sin embargo, lo dispone el texto vigente, y está de acuerdo con nuestras costumbres. No se trata, como lo dice Domolombe, de pagar las deudas alimenticias: se trata de la familia concentrada en el mismo hogar. Y no puede depender, como lo quiere, número 780, del hecho de que ya vivieran con él al establecer el derecho. No vivía con él el cónyuge, si era soltero, y no por eso deja de admitirse que la familia encierra a los hijos del matrimonio, y a los domésticos que las nuevas necesidades hacen necesarios. En el sentido de nuestro artículo Laurent, 7, número 110.

Art. 3. — Se reproducen los artículos 2955 y 2963, que constituirá un párrafo separado.

Se suprime el artículo 2954.

Se suprime el artículo 2956.

Art. 4. — Se reproduce el artículo 2957.

Se suprime el artículo 2968.

Art. 5. — Se reproduce el artículo 2958 Se agregará:

El usuario tiene preferencia sobre el propietario o el usufructuario aunque por su uso todos los frutos fuesen consumidos.

Se suprime el artículo 2960.

Art. 6. — Se reproduce el artículo 2959.

Art. 7. — Se reproduce el artículo 2961, al cual se pondrá como segundo párrafo el artículo 2962.

Art. 8. — Se reproduce el artículo 2964.

Art. 9. — Se reproduce el artículo 2965, al que se agregará: Sus obligaciones son las de un usufructuario.

Se suprime el artículo 2966.

Art. 10. — Se reproduce el artículo 2967

Art. 11. — Se reproduce el artículo 2950

Art. 12. — Se reproduce el artículo 2969, se le agregará en párrafo separado:

El derecho de habitación se extingue por el abuso grave del habitador que el Juez calificará según las circunstancias.

Art. 12. — El artículo 2969, que se toma de los escritos citados en su nota, no tiene en ellos el mismo alcance que en el código; porque este no admite que el usufructo se extingue por abuso del goce como lo hace el Código fran-

TÍTULO X

De las servidumbres prediales.

§ 1.

Art. 1. — En sustitución de los artículos 2970, 2971, 2972, 2973 y 2974, el siguiente:

Pueden establecerse servidumbres sobre un inmueble para utilidad de otro, en cuya virtud el propietario de este tiene derecho de usar de cierta manera del predio sirviente, o impedir que en él su dueño ejerza alguno de los derechos de propiedad respecto del predio dominante.

Art. 2. — Se reproduce el artículo 3009, sustituyendo la palabra “reales” por “prediales”, y “convención que las limite a tiempo cierto”, por “disposición contraria”.

cés. Es insoportable, sobre todo en la habitación de parte de una casa, el abuso de todo género que puede el habitador hacer, especialmente por la admisión de huéspedes poco recomendables. El remedio del usufructo en tales casos de abuso, es decir, el nombramiento de administrador, es imposible — artículo 2963 — desde que la habitación es esencialmente personal.

Art. 2. — En nuestro código todas las servidumbres son reales, o mejor “prediales”, puesto que las que el artículo 2972 llama personales, están tratadas en títulos propios — usufructo y uso o habitación, — y con denominaciones que

Se pondrá como segundo párrafo separado el artículo 3006, al cual se suprimirán las palabras: “reales”, y “ni formar el objeto de una convención”. Se suprimirá además “y” donde dice “y no pueden”.

Art. 3. — Se reproduce el artículo 3005, al que se suprimirá la palabra “reales”.

Se pondrá como segundo párrafo el 3011, con la supresión de las palabras “sea personal o real”

Se suprimen los artículos 3000, 3001, 3002, 3003 y 3004.

Art. 4. — Se reproduce el artículo 3010.

Art. 5. — Se reproduce el artículo 2975.

Art. 6. — Se reproduce el artículo 2976.

Art. 7. — Se reproducen los artículos 3007 y 3008. Este formará un segundo párrafo del primero.

excluyen la idea de servidumbre. Nuestro artículo 1, evita toda confusión: no hay servidumbres sino sobre inmuebles, y para la utilidad de inmuebles. Suprimimos la frase “ni formar el objeto de una convención”, porque es inexacta e inútil. Inexacta porque pueden ajustarse convenciones modificativas y extintivas de las servidumbres y que, por consiguiente, las tienen por objeto. Inútil, porque lo que se desea proscribir va ya dicho en el artículo: no puede constituirse convención que independice la servidumbre de los fundos, dejándola subsistente como tal.

Art. 3. — Dispone el artículo 3005, que las servidumbres deben importar una ventaja actual o eventual para el inmueble dominante. Es pues innecesario el artículo 3000,

Art. 8. — Se reproduce el artículo 3017, se le agregará:

El título constituido por actos entre vivos, no puede ser probado sino por la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Se suprimen los artículos 2992 y 2993.

y el 3001; el 3003, es todavía, de simple explicación, y sobre esto, es erróneo en su última parte: no porque se atribuya carácter de real a una servidumbre lo es, sino llena las condiciones constitutivas de ella, digan lo que digan las partes: Demolombe, 12, números 685, 689, 674|5.

El artículo 3002, se suprime porque se ha establecido ya, por punto general, que no pueden establecerse derechos reales sobre cosas del dominio público, o que están fuera del comercio.

Por fin, volviendo al artículo 3001, el sistema de inscripción adoptado no autoriza la constitución de servidumbres que no tienen los elementos esenciales de ellas, inscribiendo una a favor de un inmueble que no es del constituyente y que, tal vez, nunca lo será. Podría solamente efectuarse una anotación preventiva. No es esto inconveniente, cuando las dos propiedades coexisten, para establecer servidumbres de utilidad eventual: artículo 3 (3005).

Art. 8. — Porque en el sistema adoptado de publicidad de los derechos reales, es la inscripción misma elemento esencial del acto jurídico a que se refiere. En cuanto a lo dispuesto por el artículo 2992, no puede haber inscripción sino de acuerdo con las reglas generales establecidas. Si no existe

Art. 9. — Se sustituyen los artículos 2977, 2978, 2979, 2981, 2982, 2989, 2990, 2991 y 2999, por el siguiente:

Solo el propietario puede establecer servidumbres que graven su fundo. No producen efecto en daño de los otros derechos reales inscritos anteriormente. Los acreedores hipotecarios pueden pedir en este caso, que la cosa se venda como si no existiese la servidumbre.

Cuando hay concurso de varias servidumbres, o de una servidumbre, y otros derechos reales sobre el mismo inmueble, y no hay prioridad de inscripción, cada titular puede pedir un reglamento equitativo del ejercicio de los derechos que satisfaga los diversos intereses.

Se suprime el artículo 2980.

inscripción, las partes que se encuentren en el caso de los dos artículos suprimidos, pueden solicitarla.

Art. 9. — Sobre la segunda parte § 1024, Código alemán.

Decimos que la servidumbre constituida por el propietario, no produce efecto en daño de otros derechos inscritos, y no, como el actual 2981, que el usufructuario puede impedir su ejercicio, lo que da a su primera parte un sentido por demás absoluto. No es la regla del artículo 2999. La servidumbre puede constituirse, y subsistir con el usufructo, si no le causa daño o limitación de sus derechos. Y hay muchas que pueden coexistir sin causarlo. Es nuestra lección, la de Demolombe, 12, número 739, y 10, número 659.

El artículo 2980 autoriza la constitución de servidumbre por el usufructuario. No creemos necesaria una excepción

Art. 10. — Se sustituyen los artículos 2983, 2984 y 3016, por el siguiente:

Solo el propietario puede constituir servidumbres a favor de su heredad.

Las que el usufructuario, el usuario, o el acreedor anti-cresista, constituyesen a favor del fundo expresando que estipulan para el propietario, no producirán su efecto, si no se

al principio de nuestro proyectado artículo. Porque, en definitiva, el usufructuario puede autorizar a terceros el ejercicio de su derecho en la medida mayor o menor que consienta. Y es esa una facultad que no toma el carácter de afectación real: no modifica las condiciones normales del usufructo. Es un derecho personal. Si no puede existir usufructo de un usufructo — artículo 2842 — como derecho real, es claro que una autorización para ejercerlo en parte, no puede constituir desviación de ese principio, y embarazar con el recargo de inscripciones cuya caducidad se produce por efecto de hechos externos al Registro (muerte, etc., del usufructuario, disolución de la entidad usufructuaria) la eficacia del sistema fundamental de publicidad que hemos adoptado.

Art. 10. — No debe olvidarse, no obstante la decisión de los dos párrafos finales de nuestro artículo, que hay un fundo sirviente, en que una anotación preventiva es indispensable para que el derecho pueda oponerse a terceros, aun en su carácter de uso limitado a las personas.

inscribiese la ratificación de éste, en el Registro de la Propiedad.

La constitución no ratificada solo producirá efectos personales a favor de los que la estipularon si de ella se tomó anotación preventiva en dicho Registro

Lo mismo resultará de la convención que limitó sus efectos a los constituyentes.

Se suprimen los artículos 2985, 2986, 2987 y 3015.

Art. 11. — En sustitución de los artículos 3013 y 3014.

La constitución de una servidumbre en favor de una

Se suprimen varios artículos relativos a servidumbres pactadas por condóminos, porque todos ellos constituyen la repetición de lo que en el título respectivo se ha previsto.

Art. 11. — Se ha dispuesto ya que solo el propietario puede constituir servidumbres, y no hay motivo para volver en el 3012, sobre el punto. Tampoco lo hay para explicar la situación de la adquirida por un incapaz de hecho, desde que también es regla general que solo él puede invocar la nulidad. El artículo 3012, es, por consiguiente, innecesario.

En cuanto a los artículos 3013 y 3014, debemos insistir en que es base esencial del sistema de derechos reales de este proyecto la inscripción que en los actos entre vivos, no es solamente un modo de publicidad, sino un elemento constitutivo de ellos. Para inscribir una servidumbre, debe, por consiguiente, estar inscrito el propietario dominante como tal; cualquier poseedor no puede, pues, constituirla, es decir, como derecho real. Independientemente de las exigen-

heredad por el que aparece inscrito como propietario de ella, subsiste respecto del verdadero dueño, sin necesidad de declaración alguna.

Se suprime el artículo 3012.

Art. 12. — Se sustituyen los artículos 2978 (segunda parte), 2994, 2995, 2996 y 2997, por el siguiente:

cias fundamentales derivadas del sistema de inscripción, pueden verse en Laurent, 8, número 164 y siguientes, las graves objeciones que opone a las soluciones de nuestro código, recogidas de las opiniones de ciertos escritores, sobre la constitución de servidumbres por otros que por el propietario.

Previsto, pues, el caso de la reivindicación basta declarar que la servidumbre subsiste a favor del propietario efectivo del bien dominante, que es la solución del artículo 3013, sin necesidad de nueva inscripción.

Pero es ocioso resolver de nuevo, con el artículo 3014, que el propietario es libre de renunciar a ella, desde que es principio general que todo propietario, aunque por sí mismo la hubiese establecido, puede renunciarla: artículo 3047.

La adquisición hecha por mandatario o gestor, se guía por los principios generales, y no reclama decisión particular. Solo el propietario constituye, y solo se inscribe si él constituyó. Si hubo mandato suficiente él ha constituido. Si no lo había, y ratifica, él ha constituido. Si no ratifica, hay proyectos, y nada más: no hay materia para una inscripción.

Art. 12. — La simple lectura de los varios artículos que sustituimos con éste, ya demuestra que estamos en presencia de una cuestión que ofrece graves dificultades.

Cuando en el momento de la separación jurídica de dos propiedades existían en cualquiera de ellas disposiciones de servidumbres continuas y aparentes, establecidas o manteni-

Pero, la primera que surge, resulta de la circunstancia de ser en los artículos citados, un caso de constitución tácita de servidumbres. Por eso varios de los más calificados escritores franceses que se ocupan de él declaran que existe la servidumbre sin necesidad de transcripción. Y hasta demuestran con insistencia, que si hubiese instrumento, o — como dicen, — título, que transcribir, ya no se estaría en el caso, o casos, de los artículos 692 y 694, Código francés.

Si hubiese de admitirse la existencia de servidumbres que no apareciesen del Registro, ya se traería una grave perturbación al sistema de publicidad, que amenazaría extenderse por interpretaciones extensivas y pronto lo desnaturalizarían.

Mejor sería renunciar a esta causa de establecimiento. Pero no es necesario.

El Código alemán no enumera el destino del padre de familia como constituyente de servidumbre. Y con razón. Porque en los derechos reales, solo deben considerarse los existentes, y no todos los efectos jurídicos de los actos que los engendran.

No existe inconveniente alguno en él contra esa **causa de constitución**.

Cuando una persona vende una fracción de su campo en la que existe un acueducto que trae las aguas de irrigación, o, a la inversa, evacua las de inundación, sería inicua

das, por el propietario común de ellas, se consideran subsistentes si no resultase lo contrario del acto jurídico que causó la separación.

la interpretación que viera en el silencio de las partes, una terminación de los servicios que presta, y una alteración fundamental en la condición de los fundos.

El contrato y su interpretación están en juego. Se trata de su cumplimiento, y de la extensión de los derechos personales que nacen de él. Es el caso general de todos los contratos.

Por eso los Motivos del Código alemán, — 3º, página 478, — cuidan de decir que consideran innecesario establecer una disposición que tenga por objeto una interpretación de las relaciones obligatorias emergentes del contrato de enajenación.

Y así como del de venta no resulta adquirido el dominio, así también no resulta constituida la servidumbre real. Por eso, de nuestro texto mismo ya se advierte que contiene una decisión de orden generador de relaciones personales, de que surgirá acción para exigir la inscripción por autoridad de la sentencia, caso de no allanarse la otra parte, a la inscripción, como del contrato de venta nacería, caso de oponerse el vendedor a la inscripción que causa enajenación del dominio.

No hemos imitado el silencio del Código alemán, porque hubiéramos debido pronunciarnos en los contratos, en los legados, en la división, en la expropiación, en cada una de las oportunidades en que se causa jurídicamente el hecho

La servidumbre no producirá sus efectos reales sino por la inscripción de ella. Cada uno de los propietarios actuales tiene acción para exigir judicialmente esa inscripción

de la separación de una propiedad actual en varias, y en vez de una general hubiéramos debido establecer varias disposiciones particulares. Y la ocasión más natural de expresar la prescripción general, es la de establecer las condiciones de constitución de las servidumbres. Agréguese, que aun en el Código alemán, es en el libro de los derechos reales, y secciones sobre disposiciones generales concernientes a los derechos en los inmuebles, sobre adquisición del dominio y otros títulos semejantes donde se determina qué debe hacerse para que las relaciones personales se constituyan en poderes sobre las cosas. Y como la constitución de servidumbres por destino del padre de familia es peculiar de ellas, va ya demostrado que en este título debe ser establecido cual valor tiene el hecho de que se desprende y bajo qué supuestos se logrará el resultado buscado.

Pero, si hemos citado los Motivos del Código alemán, no es para resolver sobre el método seguido, sino, al contrario, para justificar la decisión que proyectamos. No es la servidumbre como derecho real, lo que de la separación de las heredades resulta. Es la obligación de dejarla intacta, y la de consentir en la inscripción, siempre necesaria.

Pasando ahora, a los hechos que determinan esa obligación, se sabe que hasta ahora está dividida la doctrina francesa sobre el alcance de los artículos 692 y 694, Código Napoleón. En el primero se habla de servidumbres continuas

con las determinaciones necesarias. Tiene también las acciones posesorias.

y aparentes; en el segundo de "signos aparentes de servidumbre".

Las obstinadas discusiones que hasta hoy persisten, demuestran que hay oscuridad en las demostraciones, puesto que no se encuentra una razón concluyente para cerrar el debate. La jurisprudencia de los tribunales, con la aprobación de altas autoridades doctrinales, — algunas como Aubry y Rau, III, § 252, nota 9, confiesan su vacilación, — se apoya en el texto literal de los artículos contradictorios, y buscan una diferencia cualquiera de hecho; mientras que otros escritores desde Merlin, Troplong, Marcadé y Laurent, razonan enérgicamente, sin encontrar argumento que rinda a los adversarios.

Hasta los códigos que más de cerca siguen la influencia de las doctrinas francesas, el chileno, artículo 881, italiano, artículos 629 y 632, y el español, artículo 541, han sentido la fragilidad de la distinción de los artículos 692 y 694, Código francés, y la han hecho desaparecer, con la circunstancia característica de que los dos primeros lo han hecho en un sentido, y el último, en el opuesto.

La nota al artículo 2995, nos dice que en un artículo de Sacaze, de la Revue de législation, ha encontrado los fundamentos de las varias soluciones que el código contiene. Mucho decir es, porque, apenas, contiene una vacilante exposición de las doctrinas contradictorias de la Corte de Casa-

ción a que se inclina, y de las defendidas por Troplong y Marcadé, más enérgicamente expuestas por Laurent.

Nuestros artículos 2994 y 2995, lejos de contribuir a resolver el punto lo han dejado agravado, y sin posible solución. Porque todo es común en ellos, y ni la Corte de Casación encontraría apoyo en su texto, para la distinción que las redacciones del Código francés podrían acreditar. Se trata, en uno y otro, de dos propiedades, que fueron del mismo dueño, divididas por "contrato" — artículos 2994 y 2995 — en que no se expresa "convención relativa a la servidumbre" — id. — y en que concluyen por la subsistencia de ella. Lo único que es distinto, es siempre, como en el Código francés, que en un caso la servidumbre es continua y aparente, y en el otro, solo aparente. ✓

Y para mejor demostración de que no se ha dado solución al asunto, ni con Sacaze, ni contra Sacaze, está el artículo 2997, según el que "Las servidumbres discontinuas aunque sean aparentes no pueden establecerse por el solo destino que hubiese dado a los inmuebles el propietario de ellos". Y a menos de explicar el pensamiento, como lo hacen Aubry y Rau, de quienes es tomado el último texto, deberíamos concluir que no es este referente a un "destino del padre de familia". Pero si no lo es, ¿de qué se trata en el artículo 2995? ¿Quién estableció, o conservó, las disposiciones de que resulta el "signo aparente de servidumbre"?

Caemos, pues, de lleno en la permanente discusión que hasta ahora existe entre los escritores franceses.

Imitando a los códigos chileno, italiano y español, unificamos la solución. No estableceremos una para las servidumbres continuas y aparentes, y otra para las aparentes. Y esto por las razones siguientes:

Cuando el estado de las heredades es de tal suerte que no puede ignorarse que una de ellas se sirve de la otra, porque aparece esa situación de las obras realizadas, o de la condición de los edificios, o de signos externos e **indubitables** de que hay servicios interdependientes, las partes deben entender que las cosas son como exteriormente se presentan. Cambiar ese estado, es cambiar la cosa misma.

Pero no debe ser esa condición por aparente que se revele, dudosa, equívoca. No debe ser susceptible de la interpretación de que es a título de tolerancia, de buena vecindad, que se permite. Debe ser necesariamente interpretada como de una sola manera: a título de derecho, y no de permiso benévolo.

Ahora. El artículo 3017, nos da las soluciones. Las servidumbres continuas no aparentes, y las discontinuas aparentes o no, “no pueden establecerse sino por título”. Las continuas y aparentes pueden adquirirse por prescripción: no las primeras, “aunque sea inmemorial”.

La razón de ser de esta diferencia, nos da la solución que venimos buscando. Porque o es falso que haya que distinguir como lo hace el artículo 3017, o es verdad que la servidumbre no aparente, que no se revela por signos, obras, exterioridades, no puede sospecharse, y prescribirse contra quien no la ve funcionar; ni tampoco la que no es continua,

Art. 13. — Se reproduce el artículo 3019.

Art. 14. — Se reproduce el artículo 3018

Art. 15. — En el ejercicio de una servidumbre debe el propietario del fundo dominante, en la medida posible, abstenerse de perjudicar los intereses del dueño de la heredad sirviente. Está obligado a efectuar a su costa los trabajos necesarios para conservar las obras ejecutadas en estado conveniente, en cuanto lo exija el interés del fundo gravado.

No puede hacer cambios en este, o en su propia heredad, que agraven la condición del primero.

Se suprimen los artículos 3020 y 3025.

Art. 16. — Se reproducen los artículos 3026 y 3027.

porque ésta, que depende de los hechos del que la invoca, hechos más o menos graves, más o menos espaciados y alejados, más o menos tolerables, y tolerados, se presenta con caracteres equívocos y dudosos, susceptibles de otra interpretación que la necesaria para prescribir. Y si es así, el silencio, en el destino del padre de familia, en cualquier caso de destino y de silencio, no puede aconsejar el abandono del principio fundamental: "Las servidumbres no aparentes, y las discontinuas, aparentes o no, solo pueden establecerse por títulos". No basta el silencio.

Art. 15. — § 1020, Código alemán. Artículo 702, Código francés. Toullier, III, número 662. Demolombe, 12, número 839.

Art. 17. — Se reproduce el artículo 3022. Se sustituye el último período que dice: “Esta disposición comprende, etc.”, por el siguiente: Esta disposición comprende la servidumbre de construcción sobre una construcción existente en el fundo sirviente.

Art. 18. — Se puede estipular:

1º Que el propietario del fundo dominante tome a su cargo los gastos de conservación y reparación de las obras

Arts. 17 y 18. — Las correcciones evitan ambigüedades de la redacción actual de los artículos 3022|3.

Habla el primero de “servidumbre de sufrir la carga de un muro o edificio”. Y de muro, también el 3023.

Pero no porque se “cargue un muro, o edificio” hay servidumbre. En nuestro código se puede cargar en el edificio o la pared ajena abonando la medianería; y entonces hay copropiedad y no servidumbre. Es reminiscencia de los escritores franceses en quienes esos casos son de servidumbre legal.

Puede, sin embargo, tratarse no de muros, sino más en general, de construcciones sobre otras construcciones. Puede tenerse que alzar o reforzar un dique; ensanchar un canal de irrigación, una compuerta en él. En tales casos hay una construcción sobre otra ya existente, determinada por el acrecimiento de presiones, o caudal de aguas, causado por la servidumbre. No es ya caso de condominio de muros. Se trata de un supuesto mucho más extenso, y nos valemos de las expresiones del § 1022, Código alemán para precisar lo

exigidas por la servidumbre, aun en el caso de que se sirviera de ellas el fundo sirviente. Se comprende las construcciones sobre las cuales puede el fundo dominante establecer las suyas;

2º Que el dueño de la heredad sirviente tome a su cargo exclusivo los gastos de mantenimiento de las obras establecidas en su heredad para el ejercicio de la servidum-

Pero, a la inversa de él, conservamos la solución de nuestro artículo 3022, porque en tales casos no hay motivo, — en defecto de estipulación — para seguir una regla distinta de la general. Las obras son exigidas por el nuevo servicio, y deben ser a cargo del propietario dominante.

El artículo 3023, no contiene una limitación necesaria. No puede estipularse que el fundo sirviente quede sujeto a efectuar las obras necesarias para el ejercicio o instalación de la servidumbre, sino en cuanto a la parte de ellas que esté en la heredad sujeta. Es esencial en una servidumbre que consista en tolerar en el fundo afectado la carga de ella, y, por consiguiente, la accesoria de mantener las obras en buen estado, no puede exceder aquel límite. El artículo 3023 no contiene una regla que se entienda dentro de lo que prescribe, sino una aplicación del principio fundamental. Debe ser limitada al único caso en que es exacta.

Pero contiene otra grave incorrección. A tomarlo tal como se expresa, el que no quiera reparar el muro sirviente debe perder su fundo. Si se trata de muro divisorio, ya sabemos que lo que se pierde no es el fundo, sino el muro, y terreno en que está asentado. ¿Por qué ha de resolverse otra

bre. No puede pactarse que esa carga se extienda a las obras existentes en el predio dominante, y si se hiciese, solo valdrá como obligación personal, en cuanto pudiese valer.

El dueño del predio dominante podrá eximirse en el primer caso de este artículo, de su carga, renunciando a la servidumbre. En el segundo el propietario del fundo sirviente quedará exonerado de ella por el abandono de su dominio sobre la parte de la heredad en que existiesen las obras.

(El artículo 3023, queda reemplazado por el inciso 2º, del proyectado).

cosa, no ya en caso de muro, como incorrectamente lo dice nuestro texto actual, sino de construcción?

Que en el caso del canal, de la compuerta, el dique, el puente, no está la servidumbre ejerciéndose sino por un punto y extensión dada, es cosa evidente. El resto del fundo no está afectado, sea por el título, sea por el hecho efectivo, que no es arbitrario sino determinado por la fuerza de las cosas: se trata de servidumbres que requieren construcciones necesarias y limitadas. ¿Qué derechos hay fuera de ellas para usar del resto del inmueble?

No es, pues, el fundo lo que debe abandonarse para exonerarse de la carga asumida. Es la parte de él por donde se ejerce el derecho principal, el único que hay que tolerar. Demolombe, 12, número 882; lo reconoce, aunque, en caso de duda, opina que es todo el fundo lo que hay que abandonar, porque, dice, todo el fundo está sujeto a servidumbre. Pero nuestro artículo 3043, desautoriza semejante afirma-

Art. 19. — El dueño del fundo sirviente está obligado a contribuir a los gastos de conservación y reparación de las obras, cuando se sirviese de ellas en su propio beneficio.

Art. 20. — Se modifica el artículo 3021, así:

Si el modo de ejercicio de la servidumbre no estuviera

ción: está sujeto el inmueble a la servidumbre; por consiguiente, por donde se ejerza, de acuerdo con su título, su naturaleza, su limitación necesaria o judicial. Si es un canal el sujeto ¿cómo ha de existir servidumbre fuera de él?

En el sentido proyectado, Toullier, III, números 665/6; Marcadé, sobre el artículo 699, II; Baudry et Chauveau, Des biens, número 1131. — Artículo 829, Código de Chile. Algo menos asertivos, Aubry y Rau, III, § 253, nota 10.

Art. 19. — Artículo 3040; Demolombe, 12, número 888; Pardessus, I, número 66; Aubry y Rau, III, § 254, 2º. Argumento § 1021, Código alemán. No se ha considerado, en éste, necesaria una disposición particular, porque, dicen los Motivos, — III, página 484 — se trataría de obligaciones personales derivadas del hecho del uso común, que se rigen por las reglas generales. Solo en el caso de imposición de los gastos al predio dominante, o al sirviente hay carga real, conexa con la servidumbre de cuya constitución resulta elemento. Sin embargo, dado lo dispuesto por el artículo 2022, consideramos necesaria la aclaración que resulta del que proponemos: artículo 3040.

Art. 20. — Artículos 3037 y 3041. Artículo 701, Código francés. § 1023, Código alemán. No hay motivo para limitar

designado por el título, o fuese de otra manera incierto, corresponde al dueño de la heredad sirviente designar el lugar por donde se ha de ejercer.

Se agregará en segundo párrafo, el artículo 3037, modificado así:

a casos de "muy incómoda", o a reparaciones "importantes", la situación. Con mayor razón, por ejemplo, que en el caso de reparaciones, debe admitirse el de construcciones. Ni el artículo 3041, admite semejantes restricciones, ni las exige la doctrina francesa, ni el Código alemán.

Imitando a Demolombe, 12, número 843, se ha criticado a nuestro artículo 3021, tomado de Toullier, III, número 655, porque se supone de él que el dominante carezca de acción para evitar la elección perjudicial hecha por el sirviente. Lo mismo hubiera podido decirse del artículo 3037, y del código entero, porque no es en cada uno de los artículos de un código, que hay que poner la decisión expresa de que los derechos o facultades que se declaran están sometidos a la observancia de las condiciones legales, y que si son mal ejercidos, los particulares perjudicados puedan recurrir a la jurisdicción judicial.

Tampoco es justificada la solución de Demolombe, respecto de la consecuencia de la determinación del lugar por donde se ejerce una servidumbre. Si se ha concedido derecho de paso, de acueducto, o de otros servicios que se llenan dentro de su plenitud, asignándoles un lugar suficiente, nadie comprenderá porque ha de entenderse que el fundo entero, en su extensión total, tenga que autorizar ese paso, o ese

No puede el propietario sujeto a la servidumbre transportar el ejercicio de ella a un lugar distinto del primitivamente fijado.

Sin embargo, si éste, o el designado por el título constitutivo, hubiese llegado a serlo más oneroso o incómodo, o le privase de hacer en él construcciones o reparaciones ven-

servicio. No hay propiedad utilizable, si esa fuera la solución. No hay labranza, construcción, posibles. Y la prueba de que no es cierto que todo el fundo está sujeto a la servidumbre, está en que no solamente puede fijarse el sitio por título, sino también por elección del deudor, y, en su caso, por decisión judicial.

Si es así, es inevitable la conclusión de que las demás partes de la propiedad no están sujetas a servidumbre, y hay petición de principio en decir que desde que el paso no exige todo el fundo, todo él, sin embargo, queda eternamente sometido al gravamen. Si, por ejemplo, para reproducir el caso que Demolombe presenta, fuese imposible por caso fortuito, el tránsito, por el sitio convenido, o fijado después, y hubiese que establecerlo en otra parte, ¿habría que echar abajo los edificios contruidos en uso del más legítimo derecho del propietario?

Ese principio tan extensivo de interpretación no es jurídico. Por lo menos, no es el general en derecho. No es el de las obligaciones para determinar el del acreedor. No es el de los privilegios, el de los derechos reales: no se desmembra el dominio extensiva, sino restrictivamente. No hay servidumbre sino en cuanto es necesario limitar el derecho del

tajosas, podrá el propietario sirviente, ofrecer otro igualmente cómodo al del predio dominante para el ejercicio de sus derechos, y este no podrá rehusarlo. Los gastos que exija el cambio serán de cargo del primero.

No puede renunciarse por contrato a ese derecho.

propietario, para llenar su objeto. Sí, precisado por el título queda libre el resto del fundo, desearíamos saber en que difiere de él, esencialmente, el caso de la determinación posterior por acto del deudor, a quien la ley da esa determinación, o la de la sentencia que ante el litigio lo decidió (1).

Interpretar por amplitud, y no por restricción, no es jurídico. El § 1023, Código alemán, iguala todos los casos de fijación, al de la determinación por título; y el § 1026. resuelve que, cuando hubo determinación, el resto del fundo queda libre, aunque se haya dividido. En el mismo sentido, Pardessus, I, número 61. Sobre los gastos del cambio, § 1023, Código alemán.

(1) Demolombe, 12, admite, número 844, que cuando el título fija el lugar de ejercicio, el resto de la propiedad, queda libre. Admite también, número 905. que no hay distinción entre el caso de que el título precise el lugar y el de que no lo precisa, para ser admisible el cambio por pedido del sirviente. Y no obstante esta identidad, llega a conclusiones opuestas sobre la libertad de las partes restantes del predio.

Art. 21. — La servidumbre queda limitada en su ejercicio a la extensión que el inmueble tenía en el momento de su establecimiento, con los aumentos que haya causado la accesión natural.

Si no se hubiese limitado el uso, puede ejercerse para todos los del fundo dominante, aunque hubieran aumentado desde la época de su constitución. Pero si ese aumento proviniese de alteraciones en el destino, o la condición del inmueble dominante, que agravasen de una manera anormal la situación del fundo sirviente, el Juez en vista de las circunstancias, puede limitar el uso, y si fuese imposible, declarar extinguida la servidumbre.

Art. 22. — Si la heredad dominante se divide, la servidumbre continúa en provecho de cada fracción, sin que la

En cuanto a la prohibición de renuncia § 1023, Código alemán; Demolombe, 12, número 905; Aubry y Rau, III, § 254; Laurent, 8, número 275.

Arts. 21, 22 y 23. — Contiene el código una serie de disposiciones particulares a especies dadas, de ejercicio de las servidumbres, que sustituimos por reglas más generales.

Digamos, ante todo, que no hay, porque no puede haberlas, disposiciones distintas para el ejercicio de las servidumbres, según que pertenezca a uno o a varios propietarios el fundo dominante, conjuntamente, o por división. Precisamente, porque se trata de derechos reales, su extensión es determinada por factores permanentes, independientes de las personas, y, además, porque en las servidumbres el derecho

condición del fundo sirviente pueda agravarse por la división según lo prevenido en el artículo anterior.

Si la servidumbre solo trae provecho para una de las fracciones o fué restringida a ejercerse por cierta parte del fundo, queda extinguida respecto de las fracciones restantes.

no existe sino para ventaja de la heredad misma, y no de las personas que tengan derecho a usar de ella. El predio sirviente no puede ser más gravemente afectado por la presencia de una o más personas: su dueño es ajeno a los actos de trasmisión del bien.

Ahora. Si el título no ha determinado cual es la medida y el modo del ejercicio, la ley lo deriva de la naturaleza de la relación. Y su primera limitación resulta del hecho de que no se ha constituido servidumbre indefinida a favor de todos los inmuebles que una persona tenga contiguos o separados en una región, sino de tal inmueble dado. Por consecuencia solo hay servidumbre respecto de él: las extensiones posteriores, — sino son naturales como el aluvión, por ejemplo, — quedan fuera de la acción que autoriza el derecho constituido.

Ese principio, lo expresa mal el artículo 3025 por alterar el claro texto de Aubry y Rau, de quien se toma (III, § 253, número 5º). No se trata, como parece decirlo, de que la "extensión" "de las necesidades del fundo" sea la que "tenía cuando fué constituída". La extensión es la del fundo, y no la de las necesidades.

Porque si así fuera, sería contrario a todo ejercicio perfectamente natural y legítimo: se trata de las necesidades

Se sustituyen por los artículos 21 y 22, los 3025, 3028, 3029, 3030, 3032 y 3033. Se suprime el artículo 3031.

Art. 23. — En sustitución del artículo 3043, el siguiente:

En caso de división del predio sirviente, se aplicará lo dispuesto por el artículo anterior.

de un inmueble dominante, ocupado hoy por una persona, mañana por una familia, después por las de varios herederos, y si hay servidumbres que no se agravan por ello, hay otras que acrecientan la sujeción. La servidumbre a menos de ser personal, no puede ser medida con esa regla.

Y por eso es, que la segunda, de ejercicio de la servidumbre, la de la medida en que puede ser usada, no es ya, la existente a la época de la constitución. Es otra, y el código no la da por decisión general. Da soluciones particulares, y no criterios para resolver en presencia de las circunstancias.

No es extraño. Las reglas simples del Código francés, han sido objeto de una interpretación casuística que ha pasado a nuestro código, por la vía acostumbrada de Freitas.

Nos detenemos, por un momento, en nuestra exposición metódica, para analizar los detalles del articulado actual, lo que nos allanará la demostración al reanudar el análisis interrumpido.

El artículo 3028 y siguientes no contienen sino una misma solución dispersa en varias disposiciones.

Habla el primero de la trasmisión a varias personas en común, o separados.

Pero ya estaba resuelto por el artículo 3007, el caso, con toda seguridad para la división por "partes alicuotas ideales", y más confusamente para "los propietarios de las diversas partes". Según lo que se entienda por esta frase, comprenderá, o no, los dos casos del artículo 3028.

Pero ni éste, ni el siguiente, traen nada que no esté ya dicho y decidido en el artículo 3007. Por el momento no hablamos de la solución del artículo 3030.

Y olvidando que en el artículo 3028 se ha resuelto, tanto para el supuesto del condominio, como de la división del fundo dominante, — lo que no ocurría en Freitas, — el artículo 3033, vuelve a resolver el punto del mismo modo, y con las mismas conclusiones de los artículos 3028 3029 y 3030.

Para no volver sobre el punto, diremos que el artículo 3031, nada tiene que hacer con la materia de las servidumbres prediales. Es asunto del título del usufructo, o del uso o habitación.

Volvamos a la exposición general de las ideas que informan toda esta materia.

El artículo 700, Código francés, establecía una regla general para el ejercicio de las servidumbres, bajo la apariencia de una disposición particular a la división del fundo dominante. Aunque se divida, dice, no puede agravarse la condición del fundo sometido. Esa disposición del artículo 700, constituye, traducida literalmente, el § 1025, Código alemán.

Desgraciadamente, en la exposición de esa doctrina, los intérpretes se han perdido en la sutileza de los detalles. El

mismo asunto, el mismo especial episodio, es resuelto contradictoriamente por los escritores. Por ejemplo, la toma de agua concedida para un predio rural, no autoriza el empleo en un fábrica establecida en él; Aubry y Rau, § 253, número 6; sí autoriza el empleo: Demolombe, 12, número 849. Sí y no, según que se haya establecido por prescripción, o por título: Laurent, 8, número 260.

Y esto sigue repitiéndose en cada hipótesis de edificación, cambio de afectación, división, etc.

Si lo anotamos, no es por cierto, para darnos el fácil placer de la crítica, sino para justificar nuestras conclusiones.

La primera, es ésta. No es cierto que el ejercicio de una servidumbre, normal, legítimo, envuelto necesariamente en ella, sea limitado a la medida de ese uso referida a la época de la constitución. La servidumbre es perpetua. No se refiere al dueño actual. Se refiere a la propiedad. Tal como es, y tal como puede ser después. No se ha limitado el derecho del propietario a no permitir que sea habitada por otras personas, en mayor número. La explotación rural que hoy comprende tal extensión labrada, puede comprender la total después: la servidumbre de tránsito será más pesada, por consiguiente. Y por este tenor, todos los casos de uso que no podemos encerrar sino en una fórmula: uso normal, leal, presupuesto, sub-entendido.

Pero hay cambios de tal naturaleza, que no permiten llevar hasta ellos la tolerancia. El fundo rural, al cual se concedió el derecho de tránsito, el de tomar el agua que necesitaba, se ha convertido en una vasta fábrica, en una ver-

dadera población industrial. Era una granja cuando la servidumbre se constituyó: es hoy un suburbio de una ciudad subdividido en centenares de propiedades edificadas. ¿Quién osaría sostener, que la servidumbre subsiste? ¿Es la misma?

Por eso cuando se habla de servidumbres indivisibles, — y lo son todas las no limitadas a cantidad, las indefinidas, — hay que reconocer que no puede declararse “que todos los propietarios pueden ejercerla por el todo **aunque aumente el gravamen** de la heredad sirviente, **si por la naturaleza de la servidumbre el mayor gravamen fuese inevitable** (artículo 3030) porque ni eso es verdad según las disposiciones que los escritores que expresan el principio tienen por base — artículo 700 y 702, Código francés — ni es verdad en la hipótesis de que no existieran. Es tan enorme la desproporción del gravamen aceptado, normal, con el que ahora se pretende imponer, que la lealtad, la buena fe, no permiten ni ponerlo en duda siquiera.

Precisar el límite entre el gravamen normal y el anormal, es imposible, como es imposible decir donde empieza y donde acaba la buena fe en el cumplimiento de un contrato. Y sin embargo, una y otra regla son inevitables en la determinación legal de los derechos respectivos. La condición no puede ser “agravada” dice el artículo 700, Código francés: que no sea más “onerosa”, dice el § 1025, Código alemán. ¿Qué es “agravado”? ¿Qué es “más oneroso”? El Juez, en presencia de las circunstancias, decimos nosotros, con ellos, con toda la doctrina que lo sub-entiende en su casuística, lo dirá, y verá si el gravamen es un aumento regular, normal

Art. 24. — Se sustituyen los artículos 3036, 3037 (primera parte) y 3041, por el siguiente:

El dueño del predio sirviente no puede menoscabar de modo alguno el uso de la servidumbre constituida. Cumpliendo con la obligación de tolerar o abstenerse, conserva el ejercicio de todos los derechos inherentes a la propiedad.

Puede exigir que el ejercicio de la servidumbre se arregle de un modo menos perjudicial para sus intereses, sin privar a la heredad dominante de las ventajas a que aquella da derecho.

Art. 25. — En vez del artículo 3040: El propietario del fundo sirviente puede hacer todas las construcciones que

o al contrario generador de una carga tan “anormal” que desnaturaliza la servidumbre.

Conservar las reglas actuales del código, que dan bases inflexibles, y, por consiguiente, falsas, es mantener conclusiones científicamente inexactas, y sacrificar los derechos más legítimos en las sutilezas de la casuística.

En cuanto a la división del fundo sirviente, Demolombe, 12, número 907 y siguientes, si bien este escritor continúa aplicando su solución sobre derecho de abandono del inmueble afectado. que no hemos adoptado en el proyecto.

Art. 25. — Se ha dispuesto en artículos anteriores sobre la contribución a los gastos en caso de uso común, lo que en verdad, ya envuelve que es posible.

Se suprime el artículo 3042, porque es contrario al sistema adoptado por el código: artículo 3023. No se trata de

no impidan el ejercicio de la servidumbre, para los mismos usos autorizados por la afectación.

Se le agregará en segundo párrafo el artículo 3044.

Se suprimen los artículos 3042 y 3043.

Art. 26. — Se reproduce el artículo 3038.

Art. 27. — En sustitución del artículo 3034 y 3035:

Los poseedores mediatos e inmediatos de heredades dominantes turbados o impedidos de ejercer las servidumbres

obligaciones personales, que solo están a cargo de los que las asumieron y sus herederos. Se trata de obligaciones accesorias de la servidumbre misma, ventajosas para todos los intereses en juego, que porque son accesorias son anexas de la servidumbre. Y la prueba de ello es que el mismo dueño estipulante puede liberarse de ellas por el abandono: es pues deuda conexa con la posesión del fundo. Demolombe, 12. número 880; Marcadé, II, sobre el artículo 699; Aubry y Rau, que, según se ve por la discusión referida en el párrafo citado de Demolombe, habían inspirado el artículo 4801 de Freitas, reproducido por nuestro 3042, han abandonado su opinión y adherido a la adversa: III, § 253, número 3, y nota 11.

Art. 27. — § 1029, Código alemán. Es grave la solución que proponemos, y su sola lectura ya demuestra que se aleja notablemente de la que establece el código.

El artículo 3034, parece conceder las defensas posesorias a los dueños de heredades dominantes sin precisar cuando y en que condiciones. Podría, pues, creerse que por el solo hecho de serlo. Pero, ¿basta la afirmación, la pretensión

inscritas en el Registro de la Propiedad, pueden usar de los remedios y acciones posesorias, si la servidumbre se ha ejercido dentro del año de la turbación, aunque fuese una sola vez.

de ser un fundo dominante de otro? Ya se comprende que esto significaría una perturbación insufrible del dominio. No porque alguien pretenda derecho a servirse del fundo ajeno, no decimos el dominio, pero ni siquiera la sola posesión, puede ser paralizada en ninguno de sus efectos.

Habría, pues, que suplir el texto. ¿Bastaría el simple ejercicio de la servidumbre afirmada, en las condiciones de tiempo, y otras exigidas en las acciones posesorias que amparan la posesión, — en el código actual — a título de dueño?

Tampoco. El artículo 3017, nos ha dicho que las servidumbres continuas, no aparentes, y las discontinuas aparentes y no aparentes, solo pueden existir en virtud de título. Y agrega: “La posesión aunque sea inmemorial no basta para establecerlas”.

Si es así, con probar que se ejerce una servidumbre de esas categorías no se ha probado nada. La ley rechaza toda posibilidad de sacar consecuencia alguna de la posesión inmemorial. ¿Cómo va a deducir de la anual, que debe proteger al que dice tener una servidumbre, pidiendo, sin otra demostración, que se impida al dueño del predio sirviente de ejercer la plenitud de sus derechos? Es evidente que la posesión no prueba, ni significa nada. La ley no la reconoce.

Por eso es que la doctrina unánime de los escritores estableció como principio inconcuso, que las acciones posesorias

Los poseedores de fundos sobre los cuales se pretendiese ejercer servidumbres no inscritas en el Registro de la Propiedad, pueden usar de los remedios y acciones poseso-

no amparan a los que ejercen, sin título, servidumbres no aparentes, o discontinuas. Véase Demolombe, 12, número 943 y siguientes.

Pero los escritores franceses admiten las acciones posesorias en caso de servidumbres continuas y aparentes. Que cuando se fundan en título, puedan invocarse, se comprende, y nuestro artículo lo admite. Pero también lo aceptan en la hipótesis de no existir; dan como razón que la ley misma dispone que pueden constituirse por prescripción de treinta años. Y concluyen que si la posesión puede fundarlas, puede también amparar su ejercicio.

Imitando al Código alemán, disponemos lo contrario.

Porque la situación en las acciones posesorias que protegen el dominio, es profundamente distinta de la que existe en el supuesto de servidumbres.

Cuando alguien está en ejercicio del dominio, y es atropellado en él, se le ampara, porque no hay motivo para decidir que el que invoca no existe. Es la consecuencia, que ese dominio presunto es exclusivo de toda acción ajena. Debe ser, pues, amparado, y si el perturbador tiene algún derecho, que lo haga valer en justicia.

Pero en las servidumbres la cuestión se presenta de otro modo. El dueño del predio sirviente, por serlo, ya tiene establecida una situación jurídica: posee lo que no se le niega

rias para impedirlo, o para limitar su ejercicio, aun cuando se hubiesen registrado.

Cada uno de los coposeedores, puede usar de las acciones por el todo. La sentencia favorable aprovecha a los demás.

suyo, y posee libremente, salvo que se haya constituido servidumbre que limite su libertad.

Se dice: en la servidumbre continua y aparente, la ley admite que pueda fundarse una servidumbre. Sí. Pero a los treinta años. No lo admite antes.

Presumir que la posesión de un mes, o de un año, implica la existencia de una servidumbre, es presumir contra la ley. Justamente porque no lo presume es que exige un plazo tan considerable. No le basta, pues, un ejercicio limitado a un corto período. Necesita ver un estado consolidado, inequívoco, que no admita más explicación que la existencia de la servidumbre. Poner que el dueño dominante sea amparado contra el dueño del predio sirviente, cuyo derecho exclusivo está probado, por el hecho de serlo, deducir que ha de ser detenido éste en el ejercicio del dominio, porque a los 30 años se admitirá, — no antes, — que hay servidumbres, es poner la consecuencia antes de que haya acaecido el hecho de que deriva.

Nótese que en la acción posesoria común, el poseedor queda en el ejercicio de la plenitud del dominio. Y que se le mantiene en él, mientras no se le desaloje por sentencia.

Trasládese la situación a la servidumbre. El propietario sirviente ha probado su dominio, desde que se le reconoce.

El dominante nada ha probado sobre la existencia de la servidumbre. Ha probado que ha ejecutado ciertos hechos, dentro del año. ¿Se le mantendrá en esa situación hasta que en otro juicio el propietario sirviente pruebe su derecho? Está probado. ¿O tendrá que demostrar que el del dominante no ha ejercido servidumbre por treinta años, único caso en que existe?

No creemos necesario continuar. De la circunstancia de que puede establecerse una servidumbre continua y aparente por la posesión de treinta años, no puede deducirse que la propiedad sirviente está sometida a ella, y a respetarla, antes de ese término. No hay ninguna presunción o razonamiento que permita concluir de otra manera. El possideo quia possideo, se vuelve contra la tesis: quien puede invocarlo, es aquel a quien la doctrina que venimos examinando le niega el poder de oponerlo a quien perturba y viola su posesión.

Y sí, ahora, se recurre a otra grave consideración: a la fuerza de la inscripción, que es la base misma del sistema de publicidad, se comprenderá cuan insostenible es la solución que estudiamos. Una propiedad está registrada. Su dueño no aparece limitado en sus derechos por carga o afectación inscrita. La ley presume la verdad de las inscripciones, del derecho que revelan, y de su libertad. ¿Y amparará contra su titular, a quien no acredita derecho alguno, público, a la luz del día, solo porque afirma tenerlo por un ejercicio limitado a un tiempo que no permite fundar un derecho? Si eso fuera así, el Registro es inútil. Sus constancias no amparan, y la ley, que dice ser exacto lo que de él resulta, sería la primera

§ 3.

Art. 28. — Se suprimen los artículos 3045 y 3046.

Se modifica el artículo 3047, por el siguiente:

en desmentirlo, al autorizar una sentencia posesoria contraria a la verdad formal proclamada.

— En el artículo 3034, se habla de los dueños de las heredades dominantes, y de acciones y excepciones reales. Nosotros solamente de las posesorias. Y esto, porque de las reales se ha tratado en los artículos 2795 y 2800, y no hay para que volver sobre ellas.

También hablamos de poseedores mediatos e inmediatos, y no de dueños. En primer lugar, porque la fórmula exacta es la de poseedores, que los artículos 2796, 2797 y 2800 a 2802, emplean, pues que la posesión — artículo 2420 y 2421 — permite ejercer las servidumbres (registradas) y además porque en nuestro proyecto se ha abandonado la teoría del **animus domini**. Cualquier poseedor, inclusive el arrendatario, puede deducir acciones protectoras del ejercicio actual de sus derechos. Sería absurdo, que pudiese cortarse la irrigación de un inmueble en explotación agrícola, sin permitir escapar a la ruina inminente al que con autorización de su dueño, la ha instalado en el fundo que le ha entregado para que goce de él.

Art. 28. — Los artículos suprimidos constituyen casos de extinción causados por la aplicación de las reglas generales.

Las servidumbres se extinguen por renuncia del propietario de la heredad dominante. Si es expresa no necesita de aceptación, y no producirá efecto sino por su inscripción en el Registro. Si resulta de autorización escrita del mismo para que en el predio sirviente se ejecuten obras permanentes que impidan el ejercicio de la servidumbre, el propietario de éste último podrá pedir judicialmente la inscripción de la renuncia para que produzca sus efectos.

Art. 29. — Se modifican los artículos 3048 y 3049, así: La construcción de obras contrarias al ejercicio de la servidumbre, aunque sean permanentes y visibles, hecha por los propietarios dominante o sirviente, en sus heredades, no extinguen la servidumbre, sino hubiese transcurrido el tiempo exigido para la extinción por el no uso.

Art. 30. — Se modifican los artículos 3050, 3051, 3052, 3053 y 3054, y se sustituyen por el siguiente:

Las servidumbres se extinguen cuando no tienen utilidad de ninguna especie para el fundo dominante; o cuando los cambios experimentados por las heredades no permiten su ejercicio.

Reviven si los predios se restablecen de manera que pueda usarse de la servidumbre, a menos que haya transcurrido el tiempo legal para extinguirse por el no uso.

Las modificaciones al artículo 3047, son consecuencias del sistema de publicidad establecido.

Art. 30. — Artículos 703 y 704, Código francés. Es simplemente exegético el desarrollo casuístico de los artículos

Art. 31. — Se suprimen los artículos 3055, 3056, 3057 y 3058.

Se reproduce el artículo 3059, modificado así:

Las servidumbres se extinguen por el no uso durante diez años. El tiempo se cuenta en las servidumbres discontinuas desde el día que se ha dejado de usarlas, y en las continuas desde el día que se realizó un acto contrario a su ejercicio.

La servidumbre se conserva por el uso de terceros, autorizado, o no, por el propietario, y aunque se sirvieran del fundo contra su voluntad.

Se suprime el artículo 3060.

Art. 32. — El modo de ejercer la servidumbre se prescribe de la misma manera que la servidumbre. El uso incompleto trae la extinción parcial de ella, y la reduce a los límites en que ha sido usada.

(En sustitución de los artículos 3063 y 3064).

sustituídos, desde que todo está dicho por los artículos 29 y 30, y los citados artículos del Código francés.

Art. 31. — Se ha establecido ya, por regla general que la confusión de derechos reales inscritos no causa su extinción.

Se establece el plazo de diez años sin distinción de presentes y ausentes, de acuerdo con el principio general que se proyectará oportunamente.

Art. 33. — Se reproduce el artículo 3065.

Se suprimen los artículos 3066 y 3067.

Art. 34. — Se reproducen los artículos 3061 y 3062, que constituirán uno solo.

TITULO XI

De las servidumbres en particular

CAPITULO I

De la servidumbre de tránsito

Art. 1. En sustitución de los artículos 3068 y 3069:

El propietario, usufructuario, o usuario de una heredad privada de comunicación con el camino público, suficiente

Art. 33. — La supresión del artículo 3066, proviene de ser la reproducción exacta del artículo 3063, puesto que es un caso de prescripción del modo, regido por la regla general del artículo 3059, que comprende el caso fortuito. Lo mismo ocurre con el artículo 3067.

Art. 1. — Supresión del artículo 3072. Después de haber resuelto el artículo 3069, de acuerdo con la doctrina corriente, que puede pedirse tránsito en todo caso de insuficiencia para la explotación de un fundo, en el 3072, restringe el derecho a las necesidades existentes “según la naturaleza originaria de la heredad”, y no a las derivadas de construcciones posteriores que las hayan aumentado. Esta disposición

para su explotación rural o industrial, tiene derecho para imponer a los predios interpuestos, la servidumbre de tránsito, satisfaciendo previamente el valor del terreno necesario, e indemnizando todo otro perjuicio.

El tránsito de personas y cosas debe ser concedido en la medida necesaria para el uso y explotación de la heredad.

Se suprime el artículo 3075.

Se suprime el artículo 3072.

tomada de Aubry y Rau, no puede justificarse, y la doctrina y jurisprudencia francesas, le han desestimado

Si se admite la imposición del tránsito, solo puede ser porque interesa a la cosa pública, la más eficaz utilización de un bien. El propietario goza de la facultad más amplia. Su explotación es hoy ganadera, será mañana agrícola, más tarde industrial. La pequeña construcción se convierte en una mayor. La modesta fábrica en otra considerable. El Estado tiene interés en este desarrollo de actividad y trabajo. No se comprendería que condenase al fundo enclavado a la esterilidad por imperio de la ley.

La doctrina de Aubry y Rau, no ha tenido aceptación y todos los escritores y tribunales de su país, la han condenado. Véase Demolombe, 12, número 611; Laurent, 8, número 91; Baudry et Chauveau, Des biens, número 1046. Decimos en el artículo que el pago debe ser previo — salva, naturalmente, la convención contraria, — contra la doctrina francesa fundada en razones de texto, porque es esa la solución unánimemente aceptada para la servidumbre de acueducto

Art. 2. — Se reproduce el artículo 3071. Se le agregará en segundo párrafo:

Se considera cerrada una heredad cuando su acceso a la vía pública es impracticable, o peligroso, o exigiase gastos desproporcionados con el perjuicio que traería a la heredad vecina el tránsito por ella.

No se considera cerrada la heredad separada de la vía pública por construcciones existentes en el predio.

Se suprime el artículo 3070.

Art. 3. — Se modifica el artículo 3073, así:

Si se adquiere, o divide, parte de un predio que por consecuencia del fraccionamiento queda separada del camino público, se entiende constituida sobre las fracciones restantes una servidumbre de tránsito, sin indemnización alguna.

Art. 4. — Se reproduce el artículo 3074.

de conducción o evasión de aguas. No existe motivo para resolver de manera distinta.

Art. 2. — Demolombe, 12, número 609. Artículo 593. Código italiano.

Art. 3. — No es solamente la venta o permuta, esto es, actos onerosos de adquisición los que determinan la servidumbre, sino también todo acto, de liberalidad, entre vivos, o por causa de muerte, que causen el encerramiento.

Art. 5. — Se reproduce el artículo 3076 y el 3081, modificados así:

La servidumbre de tránsito no se extingue aunque el paso se hiciese innecesario para el fundo dominante por la apertura de un camino o por cualquier otra circunstancia.

Se suprimen los artículos 3077 y 3078.

Art. 5. — Supresión del artículo 3077. Es repetición del artículo 2627. No es, además, una servidumbre predial si es una simple restricción del dominio.

Supresión del artículo 3078. No es admisible la primera parte de ese artículo, y el 3076, lo demuestra. Puede además ser una servidumbre establecida por título convencional. No es legítima la interpretación de ser personal, en caso de duda.

En cuanto a la segunda parte, ya está dicho qué carácter tiene la servidumbre de tránsito: artículos 2975 y 2976.

En cuanto a la disposición misma mantenemos el principio del artículo 3081, y última parte del 3076, sin la excepción que autoriza la primera de éste.

Después de redactado nuestro código, de acuerdo con la opinión de algunos escritores, la Corte de Casación de Francia, ha mantenido sin excepción alguna el principio del mantenimiento de la servidumbre, en virtud de razones que Demolombe, 12, número 642, circunstancia.

Ya los escritores aludidos admitían que si la servidumbre resultaba de un fraccionamiento, y el artículo 3076 lo dispone así, la afectación continúa, y esto no parece congruente con la admisión del derecho a exigir la cesación, desde que

Art. 6. — Se reproduce el artículo 3079, al cual se suprimirá todo el segundo período (pero no el tercero) desde donde dice “Si no se hubiere determinado”, etc., hasta “si no lo fuere”.

Se suprime el artículo 3080.

también puede fijarse el precio del terreno por donde el paso se ejerce y la indemnización de cualquier otro daño.

La regla general de toda servidumbre es que subsiste mientras conserve alguna utilidad por leve que sea. Es evidente que un paso constituye una ventaja aunque no sea indispensable por la existencia de otro. Y si se reflexiona que las construcciones se han hecho en el fundo superior de acuerdo con el estado de cosas existente, habría que conceder que la apertura de un derecho para exigir la cesación del tránsito, puede traer dificultades, poco menos que insolubles. No hay motivo para apartarse de la regla general. No se trata de establecer un paso para una heredad enclavada. Se trata de un tránsito establecido ya, en concepto de perpetuo: todo se ha ajustado a esa situación. Si tan clara es la inutilidad de él, los interesados lo verán también y arreglarán por su acuerdo lo que mejor se ajuste a sus conveniencias. Fuera de él, solo hay base para pleitos complicados y ruinosos. Demolombe, loc. cit.; Baudry et Chaveau, número 1050.

Art. 6. — Creemos inadmisibles que en los campos alambrados, o como dice el artículo 3079, cercados, no pueda

CAPITULO II

De la servidumbre de acueducto

Art. 7. — Se reproduce el artículo 3082.

Art. 8. — Se reproduce el artículo 3083, con la siguiente modificación:

La servidumbre de acueducto es siempre continua y aparente — y lo demás que sigue como está, pero suprimiendo: “a las aguas de uso público como”.

Se le agregará el artículo 3084, sin más modificación que poner “una hectárea”, en vez “de diez mil metros cuadrados”.

transitarse de noche para comunicarse con la estación del ferrocarril, el pueblo inmediato, o los vecinos.

Se suprime el artículo 3080 porque ya está dispuesto de que manera se renuncia a las servidumbres, y no existe motivo ni para volver sobre el punto, ni para modificar las soluciones generales.

Art. 8. — El artículo 3082, acaba de decir que la servidumbre de acueducto es un derecho real. Es, por consiguiente, innecesario repetir que se presume, en la duda, que lo es. La excepción no podría resultar sino de una declaración expresa.

En los escritores franceses de que se inspira la redacción, los ríos son o de uso público — navegables o flotables — o de uso de los ribereños. Entre nosotros todas las aguas

Art. 9. — Se hará la conducción de las aguas por un acueducto que no permita derrames; en que no se deje estancar el agua ni acumular basuras; y que tenga de trecho en trecho los puentes necesarios para la cómoda administración y cultivo de las heredades sirvientes.

Art. 10. — El derecho de acueducto comprende el de llevarlo por un rumbo que permita el libre descenso de las aguas y que por la naturaleza del suelo no haga excesivamente dispendiosa la obra. Verificadas esas condiciones se llevará el acueducto por el rumbo que menos perjuicio cause al fundo sirviente: se presume serlo el más corto.

Las dudas se resolverán a favor de las heredades sirvientes.

Art. 11. — Se modifica el artículo 3085, así:

El dueño del predio sirviente tendrá derecho para que

corrientes son de dominio (artículo 2340, 3º), y uso (artículo 2341) públicos, y en materia de irrigación, los ribereños no pueden usar de las aguas sin concesión especial administrativa (artículos 2643 y 2645[6]).

Art. 9. — Artículo 863, Código de Chile; artículos 607[8, Código italiano; artículo 90, ley española de aguas.

Art. 10. — Artículo 864, Código de Chile; artículo 600, Código italiano; artículo 91, ley española; Demolombe, 11, número 219.

Art. 11. — Artículo 865, Código de Chile; reproducido por el 448 Código rural del Uruguay; artículo 603, Código

se le pague antes de emprenderse la construcción el precio de todo el terreno que fuese ocupado por el acueducto; el de un espacio a cada uno de los costados que no bajará de un metro en toda la extensión de su curso, y podrá ser mayor por convenio de las partes, o por disposición del Juez cuando las circunstancias lo exigieren; y un diez por ciento más sobre la suma total.

Tendrá además derecho para que se le indemnice de todo perjuicio ocasionado por la construcción del acueducto, y por sus filtraciones o derrames que puedan imputarse a defectos de construcción.

Art. 12. — El propietario a quien se pide el establecimiento de un acueducto, puede oponerse:

italiano que en vez del 10 por ciento de recargo como aquél, establece el de una quinta parte, y además obliga al pago del 50 por ciento del valor del terreno ocupado por la extracción de los materiales de la excavación. Decimos en el artículo “antes de emprender la construcción” como el artículo 603, Código italiano.

Art. 12. — Artículo 80, Ley española de aguas, que limita el derecho al dueño del predio irrigable. En ese sentido, Aubry y Rau, III, § 241 y nota 4. El Código italiano, artículo 598, lo concede a todo el que tenga un derecho permanente o temporario a servirse del inmueble, y se interpreta como comprendiendo el arrendatario. Demolombe, 12, número 205; Baudry y Chauveau, número 871, extienden al usufructuario el derecho que la ley francesa concede al propie-

1º En virtud de no ser dueño o concesionario del agua el solicitante, o no ser dueño, o usufructuario, del predio a que se quiere conducir;

tario. Parécenos que, aunque el código no resuelve el punto, el artículo 3068, al interpretar el Código francés en el sentido de que también el usufructuario y usuario quedan comprendidos en la autorización para exigir la servidumbre de tránsito, que aquel declara a favor de los propietarios, suministra un precedente de que no se puede prescindir. La analogía entre el caso del tránsito y el acueducto es completa. Uno y otro son requeridos para la mejor explotación del inmueble, y el interés público en ella es el mismo.

No hablamos en el artículo del usuario, porque restringido como es su derecho, según los casos no tendrá interés suficiente en la irrigación, y porque en los demás, sus derechos son los del usufructuario (artículo 2957).

El Código italiano admite el arrendamiento por un período de treinta años, y se comprende, que, en tal caso, sus intérpretes extiendan al locatario el derecho. No creeríamos justificado dentro de nuestro código extender a ese caso un derecho que el propietario puede ejercer para satisfacer las necesidades del predio arrendado sin las graves complicaciones que traería la solución opuesta, sobre las mejoras, indemnizaciones, etc.

Los escritores italianos divergen sobre el punto de si está sujeto a servidumbre un fundo para el paso de las aguas a favor de un concesionario que no es dueño ni tiene derecho alguno de goce sobre un inmueble, por ejemplo, una empresa

2º Por poderse establecer sobre otros predios con iguales ventajas para el que pretende el acueducto, y menores inconvenientes para la heredad sirviente.

Art. 13. — Se reproduce el artículo 3086, al cual se agregará después de donde dice “inspector o cuidador”, lo siguiente: con tal que se dé aviso previo al administrador del predio”; (lo demás como está).

Art. 14. — La servidumbre forzosa de acueducto se constituirá:

1º Con acequia abierta cuando no sea peligrosa por su profundidad o situación, ni ofrezca otros inconvenientes;

que vende aguas de que es concesionaria. Fiore-Pulvirenti, Servitú prediali, II, número 523 y siguientes.

Pero es ese un caso regido por el derecho administrativo, y no por el civil. No se trata de servidumbres de un predio en favor de otro predio. Someter la propiedad privada a cargas en beneficio de empresas comerciales, es materia ajena a la que venimos examinando. Se trataría de restricciones del dominio y de afectaciones comprendidas en el artículo 2611.

Art. 13. — Las palabras agregadas están en el artículo 866, Código chileno, de que fueron suprimidas, sin razón, al transcribir el resto de él, el artículo 3086. Sería insoportable el vejámen que resultaría en otro caso de la irrupción de obreros, carros, etc., en un establecimiento rural. En el mismo sentido, artículo 96, Ley española.

Art. 14. — Artículo 86, Ley española de aguas.

2º Con acequia cubierta cuando lo exijan su profundidad, su contigüedad a habitaciones o caminos, o algún otro motivo análogo según la apreciación del Juez;

3º Con cañería, o tubería cuando puedan ser absorbidas por otras aguas ya apropiadas, cuando las aguas conducidas puedan inficionar a otras, o absorber sustancias nocivas, o causar daños a obras o edificios, y siempre que resulte necesario según las circunstancias.

Art. 15. — Se modifica el artículo 3087, así:

No puede establecerse la servidumbre de acueducto por dentro de otro acueducto preexistente.

El que tiene a beneficio propio un acueducto en su heredad puede oponerse a que se construya otro en ella, ofreciendo paso por el suyo a las aguas de que otra persona

Art. 15. — La primera parte artículo 599, Código italiano, y artículo 84, ley española. La segunda restablece varias correcciones poco felices hechas al artículo 868, Código de Chile, cuyo texto constituye el del artículo 3087.

Dice éste que se pagará al dueño el valor del terreno incluso el del espacio lateral, y todo lo que valga la obra en la longitud utilizada. No es esto comprensible desde que también el acueducto es utilizado por el predio sirviente. El Código chileno da la solución justa, que reproducimos.

En la última parte se ha modificado la redacción. Se viene hablando del dueño de predio sirviente, y en caso de ser necesario el ensanche quien debe el suplemento es el del predio dominante.

quiera servirse, con tal que de ello no se siga un perjuicio notable al que quiera abrir nuevo acueducto.

Aceptada la oferta, se pagará previamente al dueño de la heredad el valor del suelo ocupado por el antiguo acueducto, incluso el del espacio lateral de que habla el artículo 3085, a prorrata del nuevo volumen de agua introducido, y se le reembolsará además en la misma proporción lo que valiese la obra en toda la longitud que aprovechase al interesado.

Este, en caso necesario, ensanchará el acueducto a su costa, y pagará el nuevo terreno ocupado por él y por el espacio lateral, y todo otro perjuicio, pero sin el diez por ciento de recargo.

Art. 16. — Se reproduce el artículo 3088.

Art. 17. — Se reproduce el artículo 3059. Se agregará en segundo párrafo separado, lo siguiente:

Si el acueducto hubiese de atravesar cursos naturales de aguas, u otros acueductos, el dominante construirá y conservará las obras necesarias para que no se retarde o acelere el curso del agua, ni disminuya el caudal, ni adultere la calidad del curso atravesado.

Art. 18. — Se sustituye el artículo 3090, por el siguiente:

El dominante no puede convertir en descubierto el acue-

Art. 17. — Sobre el agregado: artículo 93, ley española; artículos 600 y 608, Código italiano.

Art. 18. — Sobre la corrección, Demolombe, 11, número 214.

ducto subterráneo, ni en subterráneo el descubierto, privando al poseedor del inmueble sirviente del agua necesaria para su uso doméstico, o para dar de beber en el acueducto, a sus animales, siempre que no disminuyese el caudal por esta causa, o causase algún perjuicio al dominante.

Art. 19. — Se reproduce el artículo 3091. Se agregará por separado el párrafo siguiente:

En tal caso, restituirá, o abonará, según el caso, la parte proporcional del costo de instalación, y de conservación, de acuerdo con la proporción prevenida en el artículo 3087 (corregido).

Se agregará el artículo 3092.

Art. 20. — El dueño del predio sirviente conserva la propiedad del terreno en que existe el acueducto. Puede ejercer sus derechos sobre el fundo que no fueran incompatibles con el ejercicio de la servidumbre.

Art. 21. — Cuando un terreno que recibe el agua por un solo punto, se divide entre dos o más dueños, por heren-

Art. 19. — Es la regla general de todas las servidumbres de acueducto, que si hay uso común, o proporcional, se contribuya a los gastos de instalación y conservación. Así lo ha dispuesto el código, artículo 3087, y en el 3103, vuelve a resolverlo, sin que haya distinción que hacer entre el acueducto de irrigación, y el de evacuación: todos son para el paso de las aguas.

Art. 21. — Artículo 85, ley española de aguas, que habla solamente de riego.

cia, venta, u otro título, los de la parte superior quedan obligados a dar paso al agua como servidumbre de acueducto para riego u otro uso de las inferiores, sin poder exigir indemnización por ello.

Art. 22. — En sustitución del artículo 3097, y del 3100 y 3101, el siguiente:

Las disposiciones precedentes se extienden al paso de aguas llevadas al fundo superior o acumuladas en él, o que provengan de su explotación, cuya evasión, sea necesaria para desagüar el terreno, o para la desecación de lagunas y

Art. 22. — Leyes francesas de 1845 y 1898, y sobre ellas, Demolombe, números 228 y 234. Código italiano, artículos 606, 609 y 610; Ley española, artículo 77.

El artículo 2648 dispone que los predios inferiores no están obligados a recibir las aguas artificiales de los superiores. El 2650, modifica esa solución, declarándolos sujetos a esa carga, mediante indemnización. El 3097, lo repite, sea para las aguas traídas, sea para las subterráneas, bajo la indemnización de que hablaba el artículo 2650, pero disminuída, y hasta anulada, si se “pudiesen obtener beneficios de esas aguas”.

Es el sistema de las leyes francesas de 1845 y 1898.

Cuando se trataba el proyecto de la primera, se consultó al jurisconsulto Giovannetti, sobre la base que nuestro código reproduce, en cuanto a la abducción de las aguas traídas, o de pozos artesianos, u otras artificiales, y objetó la carga que se echaba sobre el fundo sirviente que reputaba injustamente gravosa. “Cuando se trata de aguas naturales,

terrenos pantanosos, o la explotación industrial, agrícola, o minera, a fin de llevarlas a un curso de aguas, o a otra vía de drenage.

El paso no puede ser reclamado sino bajo el supuesto de proporcionar a las aguas una corriente suficiente para impedir que se estanquen.

Se suprimen los artículos 3098, 3099, 3102 y 3103.

Se suprimen los artículos 3093, 3094, 3095 y 3096.

Se suprimen los artículos 3104 a 3107.

se comprende: *natura loci nocet*. Pero cuando se trata de aguas artificiales, no parece equitativo, porque no es necesario, sujetar el propietario inferior a recibir, aunque sea con compensación, el desagüe del fundo superior: es eso someterlo al arbitrio del dueño del predio dominante y obligarle a padecer un daño que no es siempre fácil probar. Lo que, en cambio, es necesario, y para lo cual aparece justificada una servidumbre, es conceder el paso forzoso del agua supérflua, para descargarla en algún curso o de otro modo: así el propietario del fundo superior podrá dar salida a las aguas de que ha usado”.

Propuso, por consecuencia, en sustitución: “Todo vecino, si no quiere recibir del fundo superior las aguas que han sido empleadas sea para la irrigación, sea para poner en movimiento las fábricas, deberá darles paso. Tal paso se efectuará bajo las disposiciones establecidas para la abducción de las aguas”.

Es ese el origen del artículo 606, Código italiano, que aun ha dado mayor aplicación a la propuesta de Giovannetti,

Art. 23. — Las servidumbres de que se ha tratado en todos los casos de este título, no se entenderán constituidas, sino por su inscripción en el Registro de la Propiedad. Llenadas las condiciones exigidas, las partes tendrán acción para pedir su inscripción en él.

Se aplican a estas servidumbres las reglas de las servidumbres prediales en general, en cuanto no estén modificadas por las del presente título.

extendiéndola en general a la descarga de las aguas sobrantes que el vecino no consintiese en recibir en su fundo. Pulvirenti, Servitú prediali, II, número 542.

Hemos, pues, adoptado el principio general de la servidumbre de acueducto, para todas las hipótesis. Y si no hemos limitado el caso al de que el vecino no consienta en recibir las aguas, es, porque, tal hipótesis va siempre presupuesta.

De ahí también la supresión del artículo 2650.

Supresión de los artículos 3093 a 3096.

Todos estos artículos son inútiles. En este título de las servidumbres en particular, se tratan de cargas independientes de la voluntad de los particulares a quienes se imponen por razón de intereses generales, pero a beneficio de otro particular. Son servidumbres forzosas.

En cambio la servidumbre de recibir las aguas de los techos vecinos ni es forzosa, ni exige reglas particulares. Todo cuanto disponen los artículos 3094 a 3096, está dicho, sin variante, en las reglas generales de las servidumbres.

Lo mismo ocurre con los artículos 3104 a 3107.

Art. 24. — El propietario de un fundo que no tiene acceso a la vía pública puede exigir la instalación de conductores de corriente eléctrica, según las disposiciones precedentes sobre paso de aguas. Los conductores, podrán ser aéreos, o subterráneos, según lo decida el Juez, teniendo en cuenta las circunstancias, y la seguridad del fundo sirviente.

Art. 24. — La instalación de conductores eléctricos, para fines domésticos, o industriales, responde manifiestamente a las mismas necesidades que han determinado el establecimiento de las servidumbres de aguas.

Es claro, y resulta de nuestro artículo, que si es posible comunicar el fundo con la fuente de la producción eléctrica, por la vía pública, aunque no fuese el trayecto más corto, no procede el paso.

Pero, siempre se tratará de una servidumbre privada, sin perjuicio de que los cables puedan pertenecer a una empresa que suministre la corriente: se trata de servidumbre a favor de la propiedad y no de la empresa.

No es esto decir que las leyes administrativas, no pueden hacer concesiones a empresas de comunicaciones, luz, o fuerza. Pero el Código Civil no se ocupa de ellas, sino de relaciones jurídicas entre particulares.

TITULO XII

De las hipotecas, y los privilegios sobre los inmuebles *

* El Código trata de los privilegios sobre los inmuebles en diversas secciones. Bajo esa denominación comprende las hipotecas: artículos 3916, 3918 y 3934, pero somete a éstas a un régimen constitutivo profundamente distinto de los otros privilegios especiales. Están sometidas a la inscripción. Los últimos existen sin registro.

Muy grave es ya esta diferencia. El crédito real es incompatible con ella, y a menos de sacrificar el privilegio en casos que de hecho y de derecho se convierten en la regla, no puede coexistir el régimen hipotecario en tal condición. El privilegio, aunque pospuesto, produce todavía perturbaciones en el crédito.

Cuando el Código se adoptó, no existía precedente contemporáneo semejante. Sus disposiciones relativas a los privilegios especiales no hipotecarios, se tomaban sin excepción del derecho francés bajo la forma que le daban sus expositores, y por eso mismo es más notable la profunda desviación que sufrían al pasar al nuestro: el Código francés sometía esos privilegios que se exceptuaban, a la condición de la inscripción, artículo 2106. No producían efecto alguno respecto de los acreedores, sin su anotación en el Registro hipotecario.

Desde principios del siglo anterior se había visto la imperiosa necesidad de la publicidad. La prescribía el Código

Napoleón, y hacía más que prescribirla el Código prusiano; sometía al régimen hipotecario, los actos jurídicos que importaban reservas, o privilegios a favor de ciertos acreedores.

Porqué se dió semejante paso atrás en nuestro Código, no se ha dicho en parte alguna. No existe una línea que lo explique: las hipotecas se inscriben; los privilegios, no.

Pero no se crea, por esto, que, con someterlos a la publicidad, se corregirían los inconvenientes fundamentales de los privilegios declarados por los artículos 3923 y siguientes.

Apenas se examinan en particular se advierte la imposibilidad de coordinar un sistema razonable de crédito hipotecario que pueda funcionar con los privilegios reconocidos por los artículos indicados.

Así: 1º Todos los que coparticiparen en una masa de bienes, herederos, socios, esposos, condóminos, etc., tienen privilegio sobre los inmuebles que se han dividido entre ellos, por el presente, y el porvenir, porque el privilegio comprende la garantía de una evicción posible: artículos 3928 y 3929.

Basta, pues, que se dividan bienes, para que se esté amenazado de una responsabilidad que no se puede estimar en lo presente. Y no en este bien que ha tocado en lote a uno. No. En todos los bienes, de todos los lotes, pesa la amenaza.

Por consiguiente: el título se ha convertido en un título sospechoso. Si el propietario quiere hipotecar, lo primero que se le objetaría es que, según su título, es posible un reclamo no limitado a cantidad determinada. Si quiere vender, preguntará el comprador, si el privilegio subsiste en el caso de

enajenación, ya que en los antecedentes de su propiedad aparece la existencia de una partición. ¿Es reipersecutorio el privilegio especial? Mucho habría que decir sobre ello.

Hay toda una literatura que declara derechos reales a los privilegios inmobiliarios (1). La nota al artículo 3928, inspirada en ella, lo dice en todas letras. El Código se guarda de resolver claramente esos asuntos. Los artículos 3916, y siguientes no dan bases de solución, sino para casos particulares relativos al privilegio del vendedor, del constructor, y el hipotecario, que ni siquiera obedecen a reglas generales que se podrían deducir de ellas. Las del artículo 1051, complican gravemente la dificultad. No tenemos motivo para dar la solución de esas cuestiones, porque proyectamos la transformación de todo ese sistema.

Pero decimos, que, si se tratara de hipotecas, no hay hipotecas por cantidades indeterminadas. Las que una evicción del porvenir reclamará, o se fijan por convención en la partición misma, y eso, sobre limitar o anular el privilegio, también constituye gravamen actualmente limitativo del crédito (es el sistema de la ley belga), o hacen imposible toda operación de venta, o de crédito.

(1) Pero, siempre, lo que no armoniza con nuestro Código, bajo la condición de la inscripción. Véase sobre este punto la exposición de Bufnoir en las actas de la comisión francesa de catastro: tomo 1º, páginas 217 y siguientes.

2º Los arquitectos, empresarios, albañiles, y otros obreros, empleados por el propietario, para edificar, reconstruir, o reparar edificios tienen privilegios sobre el valor del inmueble en que sus trabajos se han ejecutado: artículo 3931.

Y lo tienen asimismo los que han suministrado materiales para aquellos trabajos: artículo 3933.

También aquí hay privilegio por sumas indeterminadas, dependientes del monto de los trabajos adeudados, o del valor impago de los materiales. ¿A cuánto ascienden? Depende de liquidaciones, de litigios, el precisarlo. ¿Cómo combinarlo con un sistema de crédito, que exige determinación? Basta, pues, construir para experimentar una capitis diminutio creditoria: nadie quiere contratar en esas condiciones con el propietario que ha construído. No puede obtener crédito.

El Código, lo ha comprendido. Y ha resuelto radicalmente el problema: en cuanto al hipotecario, desaparece el privilegio: artículo 3916. Pero no desaparece delante de los otros acreedores. El banquero, por ejemplo, no suministrará crédito, sino se subroga a los acreedores, y eso no puede hacerlo, sino respecto de los que conoce. ¿Está cierto de que no quedan otros?

Pero, todo esto sólo se salva respecto del hipotecario. Delante de éste el constructor queda burlado: su privilegio es sacrificado.

En cambio. El vendedor tenía un privilegio, y hasta parecería que más enérgico: el constructor construye sobre lo que está ya afectado el pago del precio: todo el precio.

Pero construye. El vendedor queda paralizado. Tiene que entrar en liquidaciones con el constructor. Entrar en fijaciones de saldos de cuentas en litigio con el propietario. En estimaciones del inmueble antes de la construcción, sin las garantías del artículo 2103 Código francés, y en estimaciones del mismo después de las obras. El litigio lo espera por todas las avenidas que los pleitos justos, y los injustos, siguen para desesperar a las partes: artículo 3917.

No ha bastado pues, el remedio heroico del hipotecario, en que el constructor ha sido sacrificado. Para el vendedor, el litigio, y para el constructor también. No sabemos si este caso se extiende al partícipe que dividió, al donante con cargos, al permutante. Siempre será verdad, que el vendedor ha sido perjudicado, por hechos posteriores a la venta, y que su privilegio quedó burlado, como quedó burlado el del constructor.

Por eso es, **que en el derecho francés** el privilegio del constructor no funciona: es letra muerta. Ninguno quiere comprar el litigio que en él se producirá ciertamente, con el hipotecario o el vendedor, para fijar el valor anterior y el posterior del inmueble por edificar, o ya edificado. Exigen todos los constructores, la constitución de una hipoteca común antes de empezar la obra: Planiol, Rippert, et Becqué, *Surétés réelles*, I, número 666. En la comisión extraparlamentaria francesa de catastro, el señor Fabre, vicepresidente de la Corporación de notarios departamentales, dijo que él no conocía un solo caso de haberse optado por el privilegio

del constructor, y que siempre se exigían hipotecas o garantías de otra suerte: todos los circunstantes reconocieron la exactitud del hecho. (Actas, tomo 3º, página 177, informe de M. Challamel; tomo 7, página 79, ídem número 75; y discusión, página 224 y siguientes). Y esto, en Francia, con las garantías del artículo 2103, Código Napoleón y las que derivan de la inscripción. ¡Qué decir entre nosotros!

3º El privilegio del vendedor. No tenemos motivos para fijar claramente los supuestos y efectos de este privilegio, más que oscuros, de los artículos 3923 y siguientes del Código Civil, en presencia de lo dispuesto por los artículos 1371, 2º, 1374, 1375, 1376, 1432, 2666 y siguientes.

Hemos proyectado un sistema profundamente divergente del actual sobre resolución del dominio y sus efectos, y carece de objeto volver sobre el punto.

Nos limitaremos al privilegio.

Cuando se ha reservado el dominio con la concesión de término para el pago, o sin él, la cuestión no puede existir en el sistema que hemos proyectado. Porque es esa una convención que sólo produce efectos del orden personal. La inscripción del título es constitutiva; ella es causal de la transmisión de dominio, y no es posible si se reserva: hay contradicción **in terminis**.

Sólo existe la posibilidad de una prenotación. El dominio queda en quien lo tenía: no puede hipotecar, vender, gravar, el comprador. Los conflictos desaparecen, pues, entre los terceros, compradores, constructores, hipotecantes, y el

enajenante. También desaparecen con los acreedores de éste: es el único propietario. El comprador tiene derechos creditorios lo mismo que ellos.

No cabe, pues, reserva expresa de dominio, o de resolución, por falta de pago. Y si esto es con pacto expreso, con mayor motivo debe resolverse con el tácito, o sub-entendido.

Cuando, por consiguiente, se consiente en transmitir el dominio, allí donde se concede término para el pago, la única cuestión por resolver es la de saber si se reconoce un privilegio tácito, o si se exige una constitución convencional de él.

Eliminemos las consideraciones que se invocan para reconocerlo por estipulación tácita. Se dice que debe reconocerse un privilegio al vendedor, porque sin su hecho, no se encontraría ese valor en el patrimonio del deudor, y sus acreedores se enriquecerían a su costa.

Si no hubiera otra razón, mejor sería eliminar ese privilegio, como lo han hecho otras legislaciones. Porque ese es el caso general de todos los acreedores. También el banquero que ha prestado sumas ha acrecido el patrimonio del deudor, sea por encontrarse actualmente en él, sea facilitándole los medios de adquirir máquinas, materias primas, mercaderías, inmuebles, que están actualmente entre sus bienes. Y los acreedores se enriquecen con ellos, como en el caso del vendedor. Sin embargo, el banquero no tiene privilegio.

La base necesaria de éste, no es el crédito personal. Todo acreedor confía en la solvencia, en el cumplimiento de la promesa de su deudor. Y todos los acreedores, tienen por

garantía de sus créditos, el patrimonio de su obligado. Por esto, porque todos están en el mismo caso, todos son iguales: no hay preferencias.

La venta, es pues, el caso ordinario, común, igual al préstamo, a cualquier contrato de la vida corriente. ¿Por qué el privilegio, entonces, del vendedor?

Si no quiere admitir el crédito personal del deudor, que pacte las reservas necesarias para asegurarse, pero que lo haga claramente, públicamente, haciéndolo conocer a quien pueda constituir derechos que hayan de sufrir modificaciones por causa de aquella reserva.

Pero eso es el caso común de todo crédito real. Si queréis contratar una adquisición de un bien, un edificio, una máquina, un adelanto de dineros, y no los obtenéis sobre vuestra garantía personal — crédito común, — veréis si os conviene allanaros a la condición exigida: la afectación real. Y la venta ¿por qué ha de hacer excepción a la regla? Decís que el privilegio es una afectación cuando se debe el precio. Si es así, ¿por qué no ha de regirse por los preceptos de la gran institución general, la hipoteca? En derecho francés dicen que el privilegio del vendedor, del constructor, del que dividió bienes comunes, son **hipotecas privilegiadas**, sujetas a la condición de la inscripción. Si lo son ¿por qué hacerlas, privilegiadas, sobre las demás? Y, a la inversa ¿por qué hacerlas, entre nosotros, tácitas, no sujetas a publicidad, subordinadas a las constituidas posteriormente como a la tácita y

oculta del constructor, o, si se trata de ésta, subordinada a la del hipotecario?

Entre nosotros la práctica de los negocios se ajusta a esa concepción. Cuando se vende a plazos, se vende siempre bajo la constitución expresa de hipoteca. No se conocen otras formas de concesión de términos; ¿qué se opone a ajustar el sistema legal a los hechos?

Todos los códigos han adoptado, más o menos, ese régimen. Hasta el Código francés, con su exigencia de la publicidad, de la especialidad, y de los efectos, solo tiene variantes de detalle con su régimen hipotecario. El italiano, suprime los privilegios inmobiliarios, pero los declara hipotecas tácitas legales, sujetas a las reglas generales. Sus expositores, creen que ni eso es necesario. Piensan que basta la hipoteca expresa convencional que cada uno verá si le conviene mejor establecer (1). Y hace un momento hemos oído a escritores franceses decirnos que los constructores no confían en su privilegio tácito, y pactan hipotecas expresas para garantizar sus derechos.

Ese sistema de la negación de privilegio particular sobre los inmuebles, a ciertos acreedores, lo ha adoptado el Código alemán continuando la tradición del prusiano, que ya lo seguía. Y es lástima que nuestro Código que tanto tomó de

(1) Bianchi, *Ipoteche*, I, número 45, y *Privilegi*, número 400.

éste en materia de pactos accesorios de la venta, no adoptara también su disposición del § 268, título XI, Libro 1º.

El Código alemán no reconoce otra manera de privilegio que la derivada de la hipoteca. El vendedor puede pactarla. Si no lo hace, él sabrá porqué: es dueño de exigir esa cláusula. La ley no entiende hacer por él, lo que él crea innecesario pactar.

De esta regla no se aparta sino para el constructor de obras. No ya sobre lo que será su privilegio, ni tampoco que éste existirá sin constituirlo expresamente. Sólo se desvía en cuanto permite al constructor que ha realizado ya en parte, o en todo, la obra, exigir la constitución de una hipoteca por el valor del trabajo realizado. Esta disposición que no modifica el régimen hipotecario en parte alguna, que no obliga, como el sistema francés, a efectuar liquidaciones especiales de valores, y pone el crédito en el lugar que las inscripciones anteriores dejan libre, que no sacrifica al vendedor, ni al hipotecario común, fué introducido en redacciones posteriores, no ajustadas al sistema inicial adoptado.

El Código suizo, ha tomado por sistema general, artículo 837, el admitido por el alemán para el constructor. El vendedor, el que divide bienes, el que ha trabajado y proveído materiales para la construcción o sólo trabajado en ella, pueden exigir la inscripción de una hipoteca en garantía de sus créditos.

Pero los de las dos primeras especies, no la pueden requerir sino dentro del plazo máximo de tres meses, y los de

la última, sólo con acuerdo del propietario, o sentencia judicial, y es evitada con la constitución de otras seguridades.

No recomendamos el complicado sistema de los artículos 839, 840 y 841 del Código suizo sobre los créditos de construcción.

Pero dejamos constancia de que en todos los códigos modernos, no se conocen privilegios especiales sobre inmuebles. Todos se resumen en la hipoteca, sometidos en absoluto a sus reglas. Y nótese la marcha seguida por el pensamiento jurídico: en el Código francés, los privilegios son particulares y públicos: son hipotecas privilegiadas;

en el prusiano, son hipotecas comunes, pero han de ser requeridas y constituidas;

en el italiano, son hipotecas comunes legales, pero han sido limitados, al crédito del vendedor, u otro enajenante, y al del que divide bienes comunes, mas sin admitirlo sobre los que resulten de la garantía de la división. Todos los demás, de subrogación por préstamo, de construcción, o de lo que se quiera, han sido suprimidos;

en el alemán no hay privilegios, ni otra cosa más que hipotecas contractuales comunes. Al constructor por única excepción, se le reconoce no una hipoteca, o privilegio, sino el derecho a exigir la constitución de una hipoteca, por lo que se le debe, § 648; cuando la obtenga tendrá la preferencia que ella merezca, según las inscripciones anteriores;

en el suizo, no hay privilegios sobre inmuebles. Se reconoce derecho a pedir la inscripción de una hipoteca, al ven-

dedor, y al copartícipe en una división; pero esto solamente dentro de los tres meses. Mientras no la obtiene no tiene preferencia alguna, y no la obtiene sin demandarla.

Se ve la marcha ascendente del pensamiento jurídico: el privilegio existe cuando es exigido en las condiciones generales del crédito real, y bajo sus formas únicas. Las partes contratan libremente. Cada una cuida de asegurar sus intereses: la ley no presupone lo que la parte no exige. No es su tutor.

Y hasta cuando pide protección después de haber celebrado el acto de que nace el crédito, la legislación más favorable, la suiza, le niega la hipoteca si no lo hace dentro de un breve plazo.

Las legislaciones española, artículo 1923, y brasileña, artículo 1566, reconocen privilegio por construcción o refacción de edificios. Lo ignoran en todos los demás casos.

De este examen, resulta que no existen privilegios distintos del hipotecario, sino es para los gastos de justicia, y ciertos impuestos públicos. Y que sólo, en las legislaciones más favorables, se permite al constructor pedir, bajo condiciones muy estrictas, una inscripción hipotecaria, que de poco le servirá en virtud de las anteriores, las cuales con toda verosimilitud han agotado el crédito hipotecario del deudor que ha suspendido los pagos de la construcción. Y esa inscripción no la obtendrá — Códigos alemán y suizo — sino después de la liquidación judicial y litigiosa en la mayoría de los casos, de la cuenta por los trabajos efectuados.

En el intervalo una prenotación protegerá su derecho eventual. La prenotación no constituye privilegio mientras está pendiente de resolución la cuestión iniciada.

No vacilamos en proyectar la supresión de los privilegios particulares de los artículos 3923 a 3933 del Código Civil, perturbadores del crédito, injustos respecto de los demás acreedores que han hecho igualmente confianza en la solvencia del deudor, y que favorecen, en su daño, a los que no pactaron las garantías especiales constitutivas del crédito real. La experiencia francesa, por todos reconocida, de que el privilegio del constructor no funciona por ilusorio, y que es sustituido por la hipoteca convencional, o por la prenda, u otras garantías, nos muestra la verdadera situación de esos créditos, en presencia de los hechos de la vida real. Y la posibilidad de los Códigos alemán y suizo de pedir una inscripción hipotecaria no salvará el inconveniente. En todo caso, si se juzga útil, podrá aconsejar la introducción de un artículo en el título del contrato de trabajo; pero siempre será lo exacto que el constructor no tiene privilegio, mientras el Juez no sentencie a su favor el establecimiento de una hipoteca ilusoria.

El verdadero, el único medio de protección del vendedor, el copartícipe, el donante, el constructor, está en la ley. En el medio que le da, para ampararse: en su previsión y vigilancia, es decir, la constitución de una hipoteca contemporánea con su contrato mismo, según el estado actual de la propiedad y

CAPITULO I

Art. 1. — Se reproduce el artículo 3103.

sus gravámenes, no dependientes de las alteraciones posteriores que el deudor haya introducido en ella.

El medio adoptado por el Código suizo de permitir al vendedor, y al que dividió bienes pedir el establecimiento de una hipoteca, pero a más tardar en los tres meses, es un expediente que no salva nada, y subraya la abolición del privilegio. ¿Qué motivo hay para hacer dentro de tres meses, y no después, lo que pudo hacerse al vender, o dividir? ¿Por qué cantidad se constituye la hipoteca en la permuta, en la donación con cargos, en la división? ¿Por qué hacer por medio del Juez, en un litigio, lo que las partes debieron hacer por sí mismas?

No es la regla fundamental de la legislación, la de que los jueces hacen los contratos que las partes pudieron hacer por sí mismas: sería el medio infalible de favorecer la imprevisión y la doblez dolosa en las relaciones jurídicas. Con ofrecer en las negociaciones contentarse con el crédito personal, la maniobra quedaría consumada: la ley se encargaría de desengañar al contratante confiado.

Art. 1. — La base fundamental del sistema hipotecario de nuestro Código, que conservamos sin modificación, es la de que constituye un derecho accesorio en garantía de un crédito.

En el derecho alemán, y por su influencia, en otros países, sea en su legislación, sea en la doctrina de sus escritores, se conocen otras modalidades. Existe desde luego, la hipoteca sobre sí mismo. Se constituye sin crear actualmente obligación alguna efectiva o eventual y aún, en series, que pueden ser creadas en épocas distintas, empezando por las posteriores, y con reserva de la preferencia de las series no emitidas.

Existe la hipoteca sin deudor, en que el inmueble sólo está afectado al pago de un capital, o al de una renta periódica, limitada o ilimitada en su duración.

Y la hipoteca accesoria de una obligación puede ser constituida en garantía de un capital emitido en títulos al portador.

Se dice que la hipoteca sin deudor, mantenida en Alemania por motivos políticos, no se ha extendido en su aplicación. Y ya se comprende a qué abusos daría lugar, constituida por personas que no tendrían responsabilidad alguna fuera del bien hipotecado. Aunque legalmente no existe entre nosotros, la dura experiencia derivada de la exención consentida en caso de transmisión del inmueble, nos demuestra la irreductible inadmisibilidad de semejante hipoteca abstracta.

Se reconoce que tiene ventajas en cuanto a la flexibilidad del crédito, la hipoteca sobre sí mismo, o la hipoteca por series, o con emisión de títulos al portador. Permite disponer en el momento en que las necesidades industriales,

o agrícolas, lo reclaman, e instantáneamente, del dinero que la hipoteca ya constituida, proporciona, y sólo en la medida que sea conveniente. Permite recoger la parte emitida de la deuda y volver a usar del recurso, cuando sea ventajoso. Se emite la última serie, y todavía se dispone de las anteriores, más ventajosas, etc.

Pero a pesar de ello, son obvias las graves e invencibles dificultades que semejantes formas de afectación traen para que hayan de acogerse en la legislación. Tal vez puedan ser empleadas por grandes industriales, o banqueros. Es ciertamente un instrumento de grave riesgo para la generalidad de las personas, y un maravilloso medio de estafa, y ruina para el agricultor y el pequeño industrial o comerciante medio. Puede verse la clara e irrefutable demostración de este punto, en la exposición de Michel, ante la Comisión francesa extraparlamentaria del catastro, que la rechazó no obstante ser admitida por varios de sus miembros calificados: Bufnoir, Challamel, Guyot, Millaud. Actas de la comisión, 5º, página 550 y siguientes. En el sentido de Michel, Faye, página 556 y siguientes.

Nos referimos, principalmente, a la creación unilateral de títulos al portador. En cuanto a la hipoteca sobre sí mismo, ni Bufnoir, ni Challamel, la admitían, tan peligrosa la veían. — Ibídem, página 591 — declarando el último, que la había sostenido con calor, que había sido convencido de su error por Bufnoir.

El título al portador no puede ser creado por el deudor. La combinación no debe dejarse librada a la acción de los simples particulares. Ha de descansar en la organización de grandes institutos de crédito, vigilados por el Estado, creados jurídicamente con su intervención, como el *Credit foncier*, o nuestros Bancos Hipotecarios, que emitan títulos, en virtud de las deudas constituídas hipotecariamente por los deudores, e independientes, jurídicamente, de ellas.

No es, pues, régimen de legislación común. Lo es de legislación particular en cada caso. Aún así, la experiencia de nuestro país demuestra las graves consecuencias de semejante sistema cuando es mal administrado.

Cuando hablamos de creación de títulos al portador nos hemos referido a la creación unilateral de ellos. En cambio, no vemos inconveniente en la constitución convencional entre acreedor y deudor, que han buscado movilizar la deuda, pero que han debatido su monto en vista de su estimación del bien. (Véase, Challamel, Informe sobre el proyecto de hipotecas, Actas 5ª, página 522, y artículos 3, 4 y 5 del proyecto presentado al gobierno francés, por la Comisión extraparlamentaria ya citada, página 595).

La obligación es siempre antecedente necesario de la constitución hipotecaria. Nuestro proyecto es un simple desenvolvimiento, bajo ese aspecto, del principio de los artículos 3115 y 3202, Código Civil.

La ley de emisión de debentures, de 1912, se ajusta a la doctrina expuesta en esta nota. No es de aplicación general

Art. 2. — Se reproduce el artículo 3109. Se le agregará: el cual podrá hacer reducir el deudor, oportunamente, si procede.

Art. 3. — Se modifica el artículo 3110, así:

La hipoteca se extiende a los accesorios del inmueble mientras subsista su accesión, y a todas las mejoras sobrevinientes, aunque sea por hecho de tercero, así como a las ventajas resultantes de la extinción de las cargas o servidumbres que pesaban sobre el bien. Comprende sus productos y las rentas o alquileres debidos por los arrendatarios y aparceros, exceptuados los productos pertenecientes a éstos.

Art. 4. — Cuando un inmueble es reunido a otro para formar una unidad en el Registro de la Propiedad, las hipotecas que existían sobre éste se extienden al agregado: Los derechos que gravaban al inmueble reunido tienen, sin embargo, preferencia sobre los demás.

desde que sólo los pueden emitir las sociedades anónimas, y el Estado. La legislación común la excluye para la generalidad de las personas, y su materia queda encerrada en el cuadro de la legislación especial.

Art. 4. — § § 890 y 1131, Código alemán. En contra, artículo 3110, Código Civil.

La doctrina francesa en que se inspira el artículo 3110, es unánime para rechazar la extensión de las hipotecas de un fundo, al que se le agrega para constituir con él una unidad. Todo el argumento que se invoca es uno de texto:

la ley, dicen, sólo habla de mejoras, y un fundo incorporado no es una mejora. Eso es obvio.

Pero la cuestión es más alta. Cuando un propietario ha constituido, en uso de su derecho de tal, una unidad con dos inmuebles, cuando esa unidad es permanente, el destino económico no permite destruir el valor, o la nueva condición en que el dueño la ha colocado. Se ha edificado sobre las dos fracciones, se ha establecido en ellas una fábrica, o dependencias, accesos nuevos a la antigua heredad, o se ha comunicado con la vía pública, la que estaba separada de ella, o en fin, se han adoptado disposiciones que han cambiado, radical o ventajosamente, la situación anterior.

La hipoteca conduce a la enajenación desde que es una garantía. Mientras el crédito no es exigible, la hipoteca es un derecho latente. Cuando el acreedor persigue su cumplimiento, la hipoteca funciona.

Si no se extiende al fundo agregado, será imposible obtener un resultado que no sea desastroso para el propietario. Se venderá una parte del edificio asentado sobre las dos fracciones, o el terreno de una separado de la que da salida, o frente, a la calle, o la fábrica desorganizada, o mutilada. El deudor sufre doble daño: con la venta de una fracción de edificio cuyo valor se menoscaba, y con la conservación de otra fracción inútil por la separación.

El Código alemán está, pues, en lo justo. El inmueble es ahora uno, por voluntad de quien podía así organizarlo. Esa unidad debe ser mantenida: la hipoteca no puede destruirla.

Art. 5. — La indemnización debida por el seguro de los objetos afectados por la hipoteca queda comprendida en ella, en caso de siniestro, sin necesidad de delegación alguna. El asegurador no se libera si efectúa el pago sin intervención del acreedor hipotecario, a menos que se emplease por el propietario la indemnización en la reconstrucción o reposición de las cosas hipotecadas.

El propietario tiene siempre ese derecho, aunque no se hubiera estipulado al constituir el seguro.

La consecuencia forzosa es la unidad de la garantía, o de la afectación.

Lo expuesto justificaría la extensión de la hipoteca en todos los casos de construcción, o *ensanche* del inmueble, para la explotación, la comunicación, o en general, la unión económica de un inmueble a otro para formar una sola entidad de aprovechamiento.

Sin embargo, nuestro artículo, como el alemán, limita la solución a la unificación hecha en el Registro. Es necesaria. Si conservan la existencia separada, en él, no podría informarse a terceros del estado real de las cosas, y por consiguiente, de la afectación por extensión de las hipotecas sobre el nuevo inmueble acrecido de hecho, pero sin publicidad. Es necesario mantener con inflexibilidad el principio fundamental del Registro.

Art. 5. — Artículo 3110. § § 1127 a 1130, Código alemán, y artículo 3, del proyectado sobre privilegios e hipotecas de

En caso de expropiación por causa de utilidad pública, la indemnización queda comprendida en la hipoteca y no podrá entregarse sin la intervención del acreedor.

—————Se suprime al artículo 3111.

Art. 6. — Los productos y las cosas accesorias quedan libres de la hipoteca, si han sido enajenadas y extraídas del inmueble afectado.

Si la enajenación precede a la extracción, el adquirente no puede oponerla al acreedor hipotecario invocando su buena fe respecto de su ignorancia de la hipoteca. Si extrajo la cosa adquirida no produce efecto, respecto de él, un embargo anterior del acreedor hipotecario, sino en el caso de que no ignorase el embargo en el momento de la extracción.

Art. 7. — Los productos y partes constitutivas de un inmueble, quedan liberados de la hipoteca, cuando han sido se-

la Comisión extraparlamentaria francesa de Catastro, unos y otro, con variante de redacción de cierta importancia.

—————Supresión del artículo 3111. Trata el Código en varios artículos, 3111, 3152 y 3936, de los intereses, y en el 3111 y 3937, de los gastos causídicos. Conviene uniformar las decisiones.

Art. 6. — § 1121, Código alemán; argumento del artículo 3160, y artículo 3162 y 2413, Código Civil. Ver Aubry y Rau, III, § 286.

Art. 7. — Argumento del artículo 3157. § 1122, Código alemán. Aubry y Rau, III, § 286, passim.

parados dentro de los límites de una buena administración, y, aunque no se hayan enajenado, se han extraído antes del embargo, a menos que la extracción tuviera carácter temporario.

Las cosas accesorias quedan liberadas de la hipoteca, cuando, aunque no se hayan enajenado, han perdido su carácter de accesorias, dentro de los límites de una buena administración.

Art. 8. — Se reproduce el artículo 3112.

Art. 9. — Se sustituyen los artículos 3113 y 3114, por el siguiente:

El acreedor cuya hipoteca comprende varios inmuebles, puede a su elección, perseguirlos a todos simultáneamente, o sólo a alguno de ellos, aunque hubieran pertenecido o pasado al dominio de diferentes personas, o existieran o se hubieran constituido otras hipotecas.

Art. 10. — Los terceros poseedores, o los acreedores de cualquier especie, que hubieran padecido perjuicios por el

Art. 10. — Es ésta una cuestión clásica, y de las más graves que pueden ocurrir. Ha preocupado a todos los escritores, y permanece sin solución firme.

Desalojemos una primer solución arbitraria e ilegal. El acreedor hipotecario que tiene varios inmuebles afectados a su crédito, por lo mismo que lo están, debe tener el derecho de ejercerlo sobre todos los bienes, cualquiera que sea el perjuicio que experimenten por ese hecho los terceros. Es su derecho, sin el que no habría contratado, y ese derecho ha sido

ejercicio de la acción de un acreedor hipotecario, que no habrían sufrido si la acción de este se hubiera ejercido sobre todos los bienes afectados por la hipoteca, pueden exigir de los

público, y aceptado, por consiguiente, por los que lo constituyeron posteriormente, o por los que consintieron en la afectación. Sin él, no se habría concedido crédito.

Y no se hable, como alguno lo hace, de abuso de derecho. Porque el abuso, aquí, sería el derecho mismo, y porque, si se pudiera limitar so pretexto de que es innecesario ejercerlo en toda su extensión, y concluir en vista de esa circunstancia, a la limitación de su ejercicio, sería entrar en cuestiones interminables entre los que se arrojarían recíprocamente el perjuicio, desde que es claro que el que se exonera, es para arrojar la carga sobre el otro, aunque sea sobre los acreedores comunes.

Y si, al revés, el acreedor ejerce su acción sobre uno y no sobre todos los bienes afectados, también aquí es su derecho, y hasta diríamos tal vez su deber, porque ¿a qué causar daño indebido al deudor, si basta proceder contra un bien para obtener el pago? Si se evita, pues, perjuicio a unos, es a cargo de otro. La indivisibilidad no es un abuso. No. Es una garantía, como la hipoteca misma, de que, llegado el caso, usará el acreedor, dentro de la medida de su derecho, de la seguridad que exigió y obtuvo. Es la esencia misma de todo crédito real.

Se ha buscado el remedio en la subrogación, derivada del pago.

beneficiados por esta circunstancia, una indemnización por el valor del daño experimentado, proporcional al beneficio obtenido.

Tampoco es solución. Prescindimos de las opiniones equivocadas, como la de Troplong, que creía que la subrogación sólo podía existir en el orden de prioridades determinada por las fechas de las hipotecas de segundo término, lo que es notoriamente erróneo. Véase Mourlon, Subrogations personnelles, página 119.

Pero es evidente que, si el que paga se subroga al acreedor, ejerce la acción de éste sobre el tercero, el cual sufre todo el perjuicio que no habría existido si la acción se hubiera extendido a todos los bienes. Uno lo experimenta total, y el otro se libera, completa o parcialmente, de él. Nada se ha remediado.

Mourlon, que se preocupó seriamente de este asunto, creía que debía repartirse la pérdida, por vía del pago con subrogación. Pero si el único medio era el pago, no se amparaba sino al que poseía medios de efectuarlo, o tenía noticia de la ejecución, y los acreedores quirografarios pueden no tenerla. Y además era errónea la solución porque la ley no admite la limitación de la acción subrogatoria sino entre codeudores solidarios, o cofiadores.

Y sin embargo, en esa vía está la solución.

La culpa de los inconvenientes del estado actual, no está en el uso del derecho del acreedor, de extenderlo o limitarlo a bienes dados. El abuso que se le imputa, no está en él. La ley

Los terceros quedan subrogados de pleno derecho en la acción hipotecaria del acreedor ejecutante hasta concurrencia de su recurso de indemnización.

debió cuidar de evitar los inconvenientes por el fácil medio que ya había empleado para el caso de pago. Si proviene del hecho de que no se ha usado de la acción hipotecaria en toda la extensión que ella autoriza, con restablecer la situación al estado en que se habría hallado por su ejercicio, nadie puede quejarse. Está en la posición jurídica creada por un derecho conocido y aceptado. Si un pago autoriza la subrogación, ésta puede extenderse a la nueva hipótesis, por razón de la misma causa o motivo de decidir.

El Código — artículo 3117 — ha entrevisto confusamente la solución. La reserva, sin motivo, al tercer poseedor, cuando el acreedor hipotecario posterior, y el quirografario, se hallan dentro de la misma situación. Pone por condición que se oponga al pago o el abandono, y esto excluye a todos los que no sean terceros poseedores. Y por último, sólo saca por conclusión la de una contribución al pago que, mientras no se obtienen los dineros, no evita los daños que se procura remediar, sin que se califique la acción recursoria, y se remedie el daño del que ha ignorado la ejecución. Por último, no impide el ejercicio de la acción subrogatoria contra él, de parte del que, por medio del pago, se sustituyó en los derechos del acreedor. Deja, en una palabra, la injusticia en su plena arbitrariedad.

Art. 11. — No puede constituirse hipoteca sino sobre cosas inmuebles. Los derechos de usufructo, de uso, y habitación, las servidumbres, y los derechos hipotecarios, no pue-

Nuestra solución resuelve todas las dificultades. Es, ya se comprende, inspirada en las doctrinas corrientes, especialmente en la de Mourlon, corregida de ciertas y graves deficiencias. La habíamos expresado desde hace mucho tiempo, y éste nos ha confirmado en ella.

Véase en diversos sentidos. Mourlon, *Sugragation Personnelle*, página 114 y siguientes — Demolombe, 27, Número 657 y siguientes, Aubry y Rau, 4, § 321 d), y 3, § 287, 5º in fine. Laurent, 31 número 269. Baudry et Loynes, *Hypothèques*, 3º, número 2170, y desde el número 1956. Pont, *Hypothèques*, I, número 336 y siguientes. Guillaouard, *Privilèges et Hypothèques*, III, desde el número 1532.

El Código alemán, § 1172, establece una solución semejante para el caso especial de la hipoteca, sin deudor, y sobre sí mismo, cuando hay varios inmuebles y varios propietarios.

Art. 11. — Artículo 3120. Es notorio el error de redacción que contiene: no se trata de la servidumbre de uso y habitación. Se trata de toda servidumbre predial, y también del derecho de uso y habitación. Ya lo dice la nota a ese artículo.

El agregado es aplicación del artículo 2617: y en virtud de las mismas razones expuestas en la nota al 3120.

den hipotecarse. Las cosas inmovilizadas por accesión no pueden hipotecarse separadamente del inmueble principal, ni éste en planos separados.

No pueden hipotecarse partes materiales de un inmueble, sino constituyen fracciones determinadas de una extensión mayor, susceptibles por sí mismas, de constituir dominio independiente.

Art. 12. — No puede constituirse hipoteca sobre partes indivisas de un inmueble, sino sobre la parte de un condominio ya existente.

No puede constituirse sobre la parte de un condominio de indivisión forzosa.

Art. 13. — Se sustituyen los artículos 3123 y 3124, por el siguiente:

En cuanto a las partes materiales que no constituyen bienes de dominio separado, conviene precisarlo, porque hemos admitido que pueden poseerse partes materiales, que, sin embargo, no son susceptibles de dominio: una pared de un edificio, por ejemplo, puede ser arrendada para poner avisos, sin que por eso, quede afectada la posesión del suelo.

Véase Roth, *System des Deutschen Privatrechts*, 3º § 298, nota 33.

Art. 12. — § 1114 Código alemán; y sobre él Planck. *Motive*, III, página 638 y siguientes. Roth, § 298, notas 34 y 35.

La hipoteca de su parte indivisa hecha por un condominio queda subordinada en cuanto a sus efectos, al resultado de la partición o licitación entre los condóminos.

Se pondrá el artículo 3124, como segundo párrafo separado.

Son tan graves los inconvenientes de la indivisión, que la ley debe procurar evitarlos si no hay motivos justificados para aceptarlos.

Cuando existe ya un condominio la hipoteca de una parte indivisa no lo agrava, ni provoca la partición, y en cambio permite la movilización de su valor. Pero cuando la propiedad es normal, se provoca por la enajenación latente de la hipoteca, todo el inconveniente que nos ha conducido a establecer en la parte general la prohibición de que el acreedor pueda vender la parte indivisa de un bien.

El § 1114, del Código alemán prohíbe la constitución de hipoteca sobre una cuota o fracción de una propiedad normal, y esto por aplicación de un principio general, que los § § 1095, y 1106, aplican al derecho real de preemción, y a las cargas reales, y que los Motivos explican como conexos con el orden de ideas que fundan el artículo 864 Código alemán de procedimientos civiles, y a que nos referíamos hace un momento.

Verdad es que se puede constituir un condominio por enajenación, pero, entonces, el dueño lo hace deliberadamente y a sabiendas de sus consecuencias: es, en todo caso, un mal legislativamente inevitable. En la hipoteca, la enajenación es eventual, y las ilusiones sobre la posibilidad de le-

Art. 14. — Se modifica el artículo 3121, así: Es válida la constitución de hipoteca hecha por un tercero en garantía de

vantarla son naturales. No hay necesidad de favorecerla. Hay otras figuras jurídicas que satisfacen el crédito, sin su inconveniente, especialmente el de introducir extraños desconocidos en un condominio, si se permite la venta indivisa, o la de provocar una partición, si no se permite, — como no la permite este proyecto, — con el posible resultado de la desaparición de la hipoteca, lo que siempre influye en las condiciones de constitución del crédito.

El condominio no debe ser favorecido, y lo favorecería en el caso de un propietario exclusivo, la posibilidad de una hipoteca fraccionaria.

—————En cuanto a la indivisión forzosa, el Código no la prevé para exceptuarla de su regla del artículo 3123. Es, sin embargo, evidente que un pasaje común, o una pared medianera no pueden ser independizados de la situación de convecindad, y de los inmuebles a que sirven. Pueden ser vendidos al vecino, pero no pueden ser hipotecados para, en su caso, ser enajenados al mejor postor.

Art. 14. — Reformamos la redacción actual para incluir en ella la solución de que habla la nota, — que no es ley — y de que no habla el artículo, precisamente para evitar la posible reproducción de las cuestiones a que alude Pont, de quien es la nota.

una deuda ajena. No queda obligado personalmente como deudor directo o subsidiario.

Se suprime el artículo 3122.

Pero, esta misma es equivocada y gravemente, bajo otro aspecto.

Del hecho de que el tercero sea ajeno a la deuda, y no haya de ser considerado codeudor, ni fiador, no se deduce que no esté subrogado cuando efectúe el pago, o se realice con el producto de la venta del bien, ni menos que no tenga las acciones recursorias del fiador. Lo primero por que si en el derecho francés que exponía Pont, cualquier tercero no queda subrogado, es lo contrario en el derecho nacional: artículo 768, inciso 3º, y, además, porque si cualquier “tercero no interesado” que efectúa el pago, queda subrogado, nadie dirá que el propietario en nuestro caso no está interesado en el pago del crédito que su bien garantiza. Y no es interpretación leal, la de que solo efectuando un pago se produce la subrogación legal, y que, por consiguiente, el propietario ejecutado no está en ese caso, porque el pago forzoso por realización de bienes es un pago como lo es el voluntario.

Pero esta demostración es ociosa. Porque el Código es expreso: el tercero tiene las acciones recursorias, precisamente, del fiador: artículo 3186. Si tiene las acciones del fiador, se halla de lleno dentro de la subrogación establecida por el artículo 768, 2º, y 771, 3º.

Art. 15. — Se modifica el artículo 3115, así:

No hay otra hipoteca que la convencional constituida en garantía de una obligación en la forma establecida en

Por último, aunque no existiera la decisión expresa, sería una interpretación farisea la que negase al tercero obligado a pagar por ejecución forzosa con el valor de su bien, lo que se concede al tercero que garantizó subsidiariamente su deuda. No es fiador porque su responsabilidad es limitada, y nada más: hay la misma razón de decidir.

———Suprimimos el artículo 3122, porque eso está dicho, y mejor dicho, en los artículos 515, 1º y 518. La redacción del 3122, no tiene la precisión científica necesaria para evitar graves cuestiones que de su texto resultarían. No es cualquier anulación dependiente de una excepción personal la que no impide la acción contra el tercero propietario. No. Solamente las que dejan subsistente una obligación natural.

Art. 15. — Se ha completado la decisión del artículo 3115, que no obstante su claridad, no ha impedido el desarrollo de una jurisprudencia que lo contradice.

No es solamente para desalojar la hipoteca general tácita del derecho español entonces vigente, que se ha establecido. Es también para proscribir la hipoteca judicial, que en el derecho francés, artículo 2123, Código Napoleón, en el italiano, artículo 1970, y otras legislaciones, resulta del solo hecho de una sentencia condenatoria, y hasta del simple

este título. Las sentencias no producen afectación de los bienes embargados o realizados en juicio, que continúan en el patrimonio del deudor hasta el instante en que se haya

reconocimiento, en juicio, de una firma en documento privado.

No es extraño que semejante causa de preferencia derivada de una acción intentada, haya sido unánimemente considerada como una "iniquidad". "La hipoteca judicial, decía el miembro informante de la Comisión de redacción, en la extraparlamentaria de Catastro, — Actas, tomo 2, página 206 — es inicua, y no puede defenderse ni por consideraciones técnicas ni por consideraciones prácticas". Y Vallette, en el parlamento francés, sesión de 18 de Diciembre de 1850, — decía que no era ese "un derecho que mereciera el respeto público... que no se refería a una idea de justicia"...

"Porque la práctica de los negocios, agregaba, muestra el inmenso peligro de esa preferencia que se concede al acreedor sobre otro acreedor, únicamente por efecto de la aceleración, de la rapidez, de la marcha del procedimiento, porque es este el resultado a que se llega; si la causa de Pedro se juzga antes que la de Pablo, es Pedro que tendrá todo el valor del bien del deudor, mientras que Pablo no tendrá nada. Así, de dos acreedores que persiguen el pago, el asunto de uno marchará más rápidamente si su procurador es más activo, más inteligente o, si su adversario levanta menos dificultades, u opone menos resistencia,

pagado al acreedor. En caso de concurso forman parte de la masa, y en él se continuarán las acciones ejercidas.

es este acreedor que obtendrá la preferencia, porque habrá obtenido sentencia primero. Podrá obtener hipoteca sobre los inmuebles del deudor común, y si el valor de ellos no excede su crédito, lo absorberá totalmente. **Es el premio de una carrera**"... "Eso en cuanto a la injusticia. ¿Os hablaré ahora, de los otros males que derivan de la misma causa? Vemos que desde que un deudor empieza a vacilar, la masa de sus acreedores, se conmueve, se agita; cada uno quiere tomar sus precauciones, y ponerse a cubierto. Nadie quiere ceder su paso a los otros y dejarse preceder. Se concede una prima a la persecución; desde entonces, todos persiguen. Las demandas llueven sobre el desgraciado deudor; es lo que explica porqué, en los casos de insolvencia simple en que no hay embargo por la masa, es decir obstáculo para obtener garantías excepcionales, hay esa masa enorme de acciones intentadas.... ¿Por qué? Porque en el extremo de cada procedimiento se encuentra un premio ofrecido al litigante más diligente. ¡Bienaventurado el que obtiene sentencia antes que los otros!"

Y continuó Valette con su elocuente demostración que decidió a la Asamblea a votar la supresión de la hipoteca judicial. (1)

(1) Discurso de Valette: Actas de la comisión extra-parlamentaria de catastro, II, página 211; y Melanges de droit, II, página 553 y siguientes.

Esas, y muchas otras consideraciones sobre las colusiones fraudulentas de los deudores, con acreedores simulados, o que compran su complacencia para obtener su conformidad en el juicio, y su oposición obstinada en el de otro acreedor, han determinado la opinión de los más grandes escritores. No hay uno que defienda semejante efecto de las sentencias. La Comisión extraparlamentaria francesa, votó su supresión. ¡No. Nadie defiende semejante iniquidad!

Por eso dice el Código, que no hay otra hipoteca que la convencional ni otra prenda, ni anticresis que los consentidos por el deudor. Los privilegios, **todos**, nacen de la ley: son conexos con el crédito mismo, contemporáneos con su constitución.

Nadie lo ha puesto en duda, nunca, entre nosotros. Nadie ha pretendido, jamás, que la sentencia constituye causa de preferencia.

Y sin embargo, una jurisprudencia que ha nacido, no se sabe como, ha creado la hipoteca, la prenda, el privilegio judicial.

Se ha ido forjando la regla de que el concurso, juicio universal, no atrae a la masa, a la liquidación por concurrencia, el crédito del acreedor, aunque sea quirografario, que ha obtenido sentencia de reconocimiento de ese crédito, por sentencia de trance y remate, en una ejecución.

De modo que ya no se procede en el bien embargado, no adjudicado, no vendido, o, sí vendido, cuyo precio no se ha pagado, por la concurrencia de los acreedores que hacen

efectivo su derecho igual, o preferente, en la masa de bienes de su deudor, que es sin embargo, la garantía de sus créditos. No. El que obtuvo la sentencia se cobra exclusivamente, y los demás recaudarán lo que quede... si queda.

Es la iniquidad de que se nos hablaba, por Challamel, por Valette, y por cuantos han escrito sobre materia tan trillada.

Pero ¿porqué? Nunca se ha dicho una palabra para demostrarlo. El Tribunal que ha establecido la tesis, no ha fundado en derecho esa opinión. ¡La sentencia de trance y remate, está dictada! ¡Bienaventurado, decía Valette, el que la obtiene! Los demás acreedores padecerán sus consecuencias.

Porque no son parte en aquel expediente en que se dictó. No pueden concurrir en él, salva la tercería de mejor derecho, y o no lo pueden invocar o no la deducen por falta de conocimiento de la ejecución. Y aunque lo pudieran, es eso abrir un concurso por concurrencia, o por privilegio, pero limitado, a esos acreedores, y fuera del Tribunal de la liquidación común.

No es efecto de la sentencia. No es efecto de la teoría general de la obligación.

No es efecto de la sentencia por dos razones fundamentales:

1º La sentencia que declara la legitimidad de un crédito, deja las cosas donde estaban. Es simple, si era simple. Es privilegiado, si era privilegiado.

No hay afectación alguna especial. Quedan los bienes en el patrimonio del deudor. Sólo dejan de pertenecerle por el pago o la adjudicación. La sentencia es declarativa; no es constitutiva.

Y si nada hay alterado en el patrimonio del deudor común, todos los bienes que lo constituyen, son la masa en que se hará efectiva la garantía, también común, de todos los créditos. (1)

2º Un juicio no queda concluido por una sentencia.

Todo juicio es constituido por los procedimientos abiertos por la deducción de una acción.

Y una acción no es la provocación a una declaración abstracta. Es el pedido a la autoridad del Estado, para que haga efectivo un derecho vulnerado, herido, por una persona. Es la provocación a la fuerza pública de la soberanía para que haga cesar la lesión, y restablezca la situación de derecho perjudicada.

Todo juicio, tiene necesariamente dos partes:

1º El examen de la existencia del derecho que se dice herido. La sentencia declara o niega esa existencia. Concluye esa parte del juicio.

2º Pero no era eso lo que pedía el actor. No pedía que se le declarara su derecho. Pedía que se le restituyera

(1) Véase Laurent, 30, número 190. — Aubry y Rau, III, § 265, nota 2. — Bianchi, Ipoteche, I, número 49 y siguientes.

su bien reivindicado, que se le abonara su crédito no cumplido.

La sentencia no se lo da por sí misma. Hay todavía continuación del juicio, basta obtener la satisfacción del derecho que es lo demandado. Hay que cumplirla; es esa la segunda faz del procedimiento. El juicio terminará cuando ella haya sido cerrada. La sentencia lo deja abierto. Así, la de remate sólo puede desestimar, o mandar llevar adelante la ejecución.

¿Porqué, entonces, el crédito reconocido por sentencia, impide la liquidación que todavía no se ha hecho, en el concurso? ¿Qué ha cambiado en el derecho del acreedor? ¿Qué ha perjudicado el derecho de los demás concurrentes? (1)

(1) "La hipoteca judicial, que sólo tiene por objeto asegurar las consecuencias del juicio, nunca ha tenido este carácter en España: no ha creado desde luego una acción hipotecaria a favor de aquel que había obtenido la retención, el embargo, o la providencia de que no pudiera enajenarse la cosa mientras estaba pendiente el litigio: el derecho del acreedor por la hipoteca judicial no se ha modificado, no ha cambiado de carácter: sólo ha adquirido mayor seguridad bajo el punto de vista de quitar al deudor los medios de destruir la cosa, de enajenarla, y de constituirse él mismo en insolvencia. Por esto, en un concurso de acreedores o en una quiebra, los que han obtenido a su favor hipotecas judiciales de la clase de las a que aquí nos referimos, no han tenido nunca, no tienen ahora por esta consideración,

Decíamos que tampoco es conciliable con la doctrina jurisprudencial la teoría de la obligación.

El hecho de constituir-la, compromete el patrimonio del deudor. Los bienes de él, garantizan el cumplimiento.

Si el deudor no efectúa ese pago, la consecuencia, es la apertura de un derecho particular para exigir el cumplimiento en justicia: la acción.

Esa acción se ejercita de dos maneras: a) individualmente. Cada acreedor demanda lo que se le debe;

b) concurrentemente. La apertura de un procedimiento común, el concurso de acreedores, **paraliza la acción individual**. No puede ya cobrarse solo, sobre los bienes que embargue. Tiene que ceder el paso a la liquidación de esos bienes, garantía igual para todos. Cobrará, si alcanzan, y cobrará en igualdad con los demás: cobrará con moneda de dividendo.

¿Tiene algún privilegio? Debe resultar de su crédito mismo, por su calidad. Si lo tiene, cobrará por preferencia. Si no lo tiene, entrará colectivamente en la masa.

¿Y quién puede liquidarla, distribuirla, verificar los créditos, examinar si hay los privilegios que se dicen existir, ver en qué orden hay que hacerlos efectivos? Para eso

un título de preferencia sobre los demás acreedores de su especie, ni son calificados entre los hipotecarios". Exposición de motivos de la comisión de códigos sobre la ley hipotecaria española de 1861.

se centralizan todas las gestiones en un mismo procedimiento, en un mismo juicio, ante la misma jurisdicción.

Cuando se dice, por consiguiente, que una acción particular no entra en el concurso, aunque todavía no haya sido extinguida por el pago, si ha sido declarada procedente por sentencia, se ha dicho una proposición contraria a la teoría del concurso, que es la teoría general de la obligación.

Se ve entonces, que la hipoteca judicial, y, en su caso, la prenda, el anticresis, el privilegio, han sido atribuidas por la jurisprudencia a la sentencia, y que hay privilegios y derechos reales, conexos con la declaración de la existencia de una obligación que por sí misma no los tenía.

Por eso, porque el Código es opuesto a semejante sistema, hemos considerado necesario decir lo que sin necesidad de ese agregado ya dice: No hay otra hipoteca, otra prenda, otro anticresis, que los convencionales, ni otros privilegios que los reconocidos por la ley como conexos con la causa de la obligación. (1)

(1) Sobre la hipoteca judicial, Valette, *Melanges de droit*, I, página 333 y siguientes; Informe general sobre las hipotecas y privilegios, de Challamel, ante la Comisión extra-parlamentaria, *Actas*, tomo 7º, página 83.

Art. 16. — En sustitución de los artículos 3128 y 3130:

La hipoteca no puede ser constituida sino por escritura pública, en que conste la aceptación del acreedor. Si no la

Art. 16. — Modificamos profundamente las disposiciones de los artículos 3128 y 3130.

1º Autoriza el primero la constitución de la hipoteca por instrumentos de otra clase que las escrituras, emitidos, dice la nota, por los gobiernos, para que sirvan de título de dominio, y agrega, como las concesiones de ferrocarriles.

Sin embargo, desde la época de la colonia, se otorgan las concesiones de tierras por escritura pública, en que constan las resoluciones gubernativas por las que se concedieron en merced, o en venta. Quedan así protocolizadas, y no dependen del extravío o sustracción de un expediente. Esa forma de proceder es secular e invariable, y no existe motivo para apartarse de ella. Hasta las ventas judiciales se ajustan a ese proceder: son, sin embargo, las resoluciones en que se adoptan o disponen las expropiaciones del deudor ejecutado, actos de autoridad suficiente, e instrumentos públicos por sí mismos.

Quedarían las hijuelas en que se estableciera cargo de alguna suma al adjudicatario de un bien por el excedente de valor.

Pero no conviene apartarse del rigor de forma, porque se deslizaría fácilmente una derogación al principio inflexible de que no hay hipoteca judicial, sino, exclusivamente, convencional, y salva la partición aceptada por todos los

hubiera éste expresado en el acto constitutivo, deberá manifestarla bajo pena de nulidad por escritura pública posterior. Tendrá efecto desde el día de su inscripción.

interesados, — convencional, por consiguiente, — sería hipoteca judicial la impuesta por la sentencia en una partición litigiosa. La primera, si en la hijuela se ha establecido, debe ser reducida a escritura pública para que exista. Es demasiado grave el abandono del principio, para admitir excepciones. Véase Laurent, 30, números 191 y 455; Aubry y Rau, III, § 266, número 2°.

Pero lo que no podemos admitir, en manera alguna, es que las concesiones de ferrocarriles, importan actos de constitución de dominio privado, ni menos que los ferrocarriles sean susceptibles de hipoteca.

La concesión de un ferrocarril, es un acto de derecho administrativo; no es un acto de derecho privado. Es la delegación al concesionario, de una función del Estado, que lo autoriza al establecimiento de un medio de comunicación, regido por las reglas administrativas, y no por las del dominio privado. No se transporta a quien se quiere, o la mercadería que se acepta. Se transporta obligatoriamente a todos los que lo requieren, bajo las disposiciones y tarifas regidas por sus reglas peculiares. No se suspende el tráfico, cuando lo quiere el concesionario, como lo hace el propietario de bienes particulares. Ninguna regla de derecho civil — libertad de contratación, libertad de disposición, determinación libre del precio, etc., — se aplica. El derecho admi-

La promesa de constitución de hipoteca hecha por documento privado no seguida de constitución efectiva, no puede ser realizada por medio de sentencia.

nistrativo, esto es, el derecho público, regla exclusivamente esa relación jurídica constituida por el Estado, con un particular.

Ciertamente, determinados principios capitales del derecho civil se aplican a las concesiones, por ejemplo, la inviolabilidad de los contratos que las engendran. Pero eso es porque el derecho común contiene los principios immanentes de toda relación jurídica. Porque es el derecho por excelencia, y no porque es derecho civil, se aplica en alguna medida al derecho administrativo. Puede, — y en ciertos países, así se procede, — considerarse que el derecho civil, es el supletorio, el complementario, del administrativo, pero de ahí no se deduce que una concesión deje de ser lo que es: atribución, delegación, de una función del Estado. No constituye dominio civil. Constituye, sí, una propiedad en el sentido del artículo 17 de la Constitución. No es propiedad privada en que el dueño es señor absoluto. Es propiedad, vigilada, dirigida, dominada, por el Estado.

La hipoteca es una enajenación latente, eventual, mientras dormita en la inacción. Provoca la venta en remate público, al mejor postor, cuando entra en acción. Los ferrocarriles, los puertos, no se venden a cualquier postulante. Sólo se traspasa la concesión con el acuerdo del Estado, a quien éste acepta porque le ofrece las garantías necesarias

para el ejercicio de la función pública delegada por la concesión.

No hay hipoteca de ferrocarriles, de puertos, de canales de navegación, de irrigación, de provisión de aguas a las ciudades, etc. Sólo son susceptibles de afectaciones de otra índole.

Y aunque la nota al artículo 3128 no es ley, juzgamos indispensable manifestar que ella es contraria al derecho público de la República. Los ferrocarriles no son bienes de derecho privado: son concesiones.

2º Dice el artículo 3130, que la aceptación del acreedor tiene efecto retroactivo al día mismo de su constitución. Esa decisión es jurídicamente inexacta.

No hay, se nos dice, otra hipoteca que la convencional. Si es así, hay ya dos imposibilidades evidentes. Porque no hay convención sin acuerdo. Por consiguiente, no puede inscribirse la hipoteca que no está constituida, como lo quiere la nota. Y si el acuerdo se cierra por la posterior manifestación del acreedor, sólo en ese momento queda constituida, y en condiciones de ser inscrita. ¿Cómo puede, entonces, tener efecto retroactivo? ¿Para quién? Los terceros adquirentes, y los constituyentes de otras hipotecas, los acreedores quirografarios, no son alcanzados por las afectaciones no inscritas. Ni hay reipersecución, ni privilegio. La retroactividad es inadmisibile.

Agregamos que el principio mismo de la exclusión de la hipoteca no convencional, tiene una grave consecuencia,

y es la posibilidad de establecer hipotecas sobre sí mismo. Y la admisibilidad de la retroactividad conduciría fatalmente a establecerla.

Si el propietario por sí solo, puede “constituir” hipoteca, — el artículo 3130, dice que se retrotrae al día mismo de su “constitución”—; si la “aceptación” puede ser posterior, — como también lo dice — y si la hipoteca retrotrae al día de su constitución, nada falta para la hipoteca sobre sí mismo, sin obligación principal. La constitución puede preceder a la existencia de la deuda, desde que no hay deuda sin acreedor y este acreedor nada ha contratado todavía. El principio de la hipoteca convencional ha desaparecido: puede establecerse por acto unilateral.

El error de la disposición aparece así manifiesto. La hipoteca no queda constituida con efecto retroactivo. No es sino una propuesta no aceptada hasta la declaración del acreedor. Nace en el momento de su inscripción.

No juzgamos necesario expresar, como el artículo 3128, que la constitución de hipoteca puede hacerse en el instrumento que ~~consigne~~ el contrato principal. Es esa la regla de todos los actos, y con mayor razón de los accesorios. La disposición **especial** no se justifica sino cuando constituye excepción a un principio.

Tampoco es necesario expresar que la hipoteca constituida en otra forma que la prescripta es nula: es la regla de los contratos.

Art. 17. — En sustitución del artículo 3129.

Las hipotecas convencionales constituídas por escritura pública en el extranjero sobre inmuebles situados en la República serán inscritas previa protocolización por orden judicial, en el Registro del lugar de su situación. Si son varios los bienes se inscribirán en los distritos locales, baste la única protocolización.

El Registrador no inscribirá la hipoteca si no reúne las condiciones exigidas por este Código.

Art. 18. — Se reproducen los artículos 3131 y 3132, así:

En el primero se sustituirá la palabra “acto”, por “instrumento”;

Art. 17. — No puede, pues, constituirse, ni inscribirse, hipoteca legal, judicial, o testamentaria, ni sobre sí mismo. Ha de ser, exclusivamente, hipoteca establecida por convención con el acreedor. La inscripción se efectuará de acuerdo con las reglas generales.

La convención, a su vez, deberá reunir las condiciones exigidas por éste título sobre especialidad, determinación de los bienes, etc. Los derechos reales sobre inmuebles son siempre regidos por la ley del lugar de su situación.

Art. 18. — Las supresiones expresadas obedecen a varias causas.

En primer lugar, porque se han adoptado reglas generales sobre constitución, y caducidad de los derechos reales que necesariamente incluyen a la hipoteca.

Se sustituye el artículo 3132, por el siguiente que irá como segundo párrafo del anterior:

Una designación colectiva de los inmuebles como existentes en un lugar determinado, no es suficiente. Corresponde a los Tribunales decidir el caso, según el conjunto de las enunciaciones del instrumento constitutivo, siempre que de ellas resulte el conocimiento positivo de la enunciación omitida.

Se suprime el artículo 3133, así como los artículos 3117, 3118, 3119, 3125, 3126, 3127, 3134, 3135, 3136, 3137, 3138, 3139, 3140, 3141, 3142, 3143, 3144, 3245, 3147, 3148, 3149 y 3150.

En segundo lugar, porque no pueden coexistir varias de las disposiciones suprimidas con el Régimen general adoptado para el establecimiento de los derechos reales.

La publicidad no es, en el sistema general, condición accesoria de actos jurídicos existentes de por sí. Es condición constitutiva. No existen sino por ella, y con ella. La segunda parte del artículo 3135, y el 3136, por ejemplo, no pueden subsistir. Es como para la constitución de dominio, hasta en el sistema actual de la tradición. No se transmite entre partes; sin ella: no se trasmite. Tampoco depende del conocimiento que se tenga del acto celebrado: no se trasmite, o constituye.

La publicidad no es un ápice, o agregado. Es un elemento orgánico; no hay relación jurídica sin ella.

Art. 19. — Se sustituyen los artículos 3151 y 3197, por el siguiente:

Las inscripciones hipotecarias no caducan; conservan sus efectos hasta su cancelación.

En cuanto a la eficacia de los actos constituidos por el no propietario, o propietario eventual, o propietario sujeto a condiciones, las reglas generales de la constitución de derechos reales, han fijado de una vez por todas, los efectos de los actos jurídicos que les conciernen.

Art. 19. — Es precisamente lo inverso de lo dispuesto por los artículos 3151 y 3197.

La extinción por disposición de la ley, por el simple hecho de transcurrir un plazo de diez años, obliga a gastos de renovación que agravan sin causa justificada la condición del deudor, que es, en definitiva, quien debe pagarlos, pues de otro modo no obtendrá la prorrogación de la hipoteca. Tiene el grave inconveniente de impedir la subsistencia sin nuevas inscripciones y — según cierta equivocada opinión, — nuevas escrituras, de la afectación constituida. No permiten, por consiguiente, sin convenciones nuevas, al industrial o agricultor disponer, como capital invertido o movilizado en su explotación, de la mayor parte del valor de su inmueble, de modo que, en realidad, sólo tiene que preocuparse del pago de una renta, y no del capital mismo que, prácticamente, se ha convertido en una deuda no exigible.

Art. 20. — Al constituirse una hipoteca en garantía de un crédito anterior, deben liquidarse los intereses atrasados, y designarse en una suma cierta. La indicación sola de que comprende la hipoteca los intereses transcurridos, no produce efecto alguno.

Tiene, además, el igual grave inconveniente de impedir la hipoteca amortizable, por amortización acumulativa. Un ligero aumento sobre el interés del dinero permite efectuar la extinción de la deuda con las utilidades normales de la explotación manufacturera o agrícola. La hipoteca de diez años no permite semejante amortización, y exige el retiro de mayores partes del capital transformado en fijo, o de explotación.

Es tan evidente el inconveniente que la Comisión extraparlamentaria francesa de Catastro, con el asentimiento expreso de los Directores del servicio de Registro, que manifestaron no ver dificultad en ello, votó por el artículo 61 del proyecto, — que es nuestro texto, — la subsistencia indefinida de la inscripción una vez hecha. Lo mismo da revisar en el Registro las inscripciones de diez años que otras mayores, dado el sistema de Registro de inmuebles que hemos adoptado en este proyecto.

Véase: Informe de la Comisión redactora del proyecto de hipotecas y privilegios presentado a la extraparlamentaria de Catastro, Actas, 7º, página 118 y siguientes. Sobre la discusión, tomo 5, página 581, y 7º, página 321.

Art. 20. — Artículo 3152.

Art. 21. — Se sustituye el artículo 3202, por el siguiente:

Al constituirse la hipoteca pueden otorgarse letras o pagarés a la orden, y pagarés simples, por el importe de

Art. 21. — Artículo 3202, Código Civil. Artículos 46, 47 y 48, Proyecto de la Comisión extraparlamentaria francesa de Catastro.

Esta disposición es de grave importancia.

Moviliza el crédito garantizado, y permite descontarlo total o parcialmente al acreedor, lo que redundará en beneficio del deudor que encuentra más fáciles condiciones en ello.

Pero tiene muy graves inconvenientes que conviene conocer porque no son indiferentes.

Se ha dicho ya cuáles son las razones por las que se ha excluido la hipoteca sobre sí mismo del derecho alemán. Y esta se hace posible por la vía de las cesiones.

Se comprenden las posibilidades de las constituciones fraudulentas de hipoteca. No basta decir, como lo decía Challamel en la Comisión francesa de Catastro, que el inconveniente insuperable que hacía rechazar la hipoteca sobre sí mismo, era la facilidad que la falta de contralor producía, para crear hipotecas por sumas excesivas que el inmueble no garantiza, y con que se defrauda a los tomadores posteriores del crédito fraccionado. Afirmaba que ese peligro desaparecería en la hipoteca con crédito constituido, pues el acreedor tiene interés en estimar exactamente el valor del inmueble.

la deuda, siempre que esta no sea condicional ni eventual. Estos documentos serán anotados en el Registro de la hipoteca, y firmados por el Registrador sin cuya formalidad no

Pero no pudo nunca levantar las objeciones de Michel, Faye, Bonjean, y otros eminentes miembros de la comisión que hacían presente que, con buscarse la complicidad de un acreedor aparente, se llegaba al mismo resultado. La creación de títulos al portador fué excluida por esa causa. Pero si se aceptó la posibilidad de otorgar papeles endosables, no se puede desconocer que el endoso en blanco transforma el papel en título al portador, y tampoco que el deudor que abona un pagaré así endosado, puede volverlo a lanzar cuando la ocasión se le presenta: es eso la hipoteca sobre sí mismo. Las simulaciones tan fáciles con esos recursos, constituyen un medio para lanzar al público, y los bancos, deudas por sumas enormes emitidas por sociedades poderosas que constituyen verdaderas estafas. Basta sostener la especulación inicial para lograr el resultado. Y entre nosotros con títulos al portador se han causado escandalosas defraudaciones.

Por eso, no autoriza nuestro artículo sino la constitución de títulos nominales trasmisibles, sin desconocer los inconvenientes señalados. Pero, tampoco creemos conveniente prohibirlos; las partes interesadas cuidarán de vigilar las responsabilidades de sus cedentes.

Pero no hemos adoptado todas las conclusiones que resultan del examen de la cuestión por la Comisión francesa.

serán tomados en cuenta del crédito hipotecario: se expresará en ellos el Registro y menciones del instrumento constitutivo.

Pueden transmitirse por endoso. Si fuesen a la orden les serán aplicables las responsabilidades y efectos legales del

Tratando, sobre todo, de facilitar la movilización a largo término del crédito inicial, ha establecido que por el endoso no se contrae responsabilidad fuera de la relativa a la inscripción de la deuda.

Es ir demasiado lejos, y sólo por consecuencia de las tendencias iniciales que no fueron aceptadas en la sanción del proyecto.

Se decía: la responsabilidad del endosante se comprende en el crédito a corto plazo. Es injusto mantenerla en los de largo vencimiento porque pueden variar los valores. Y para favorecer la hipoteca a largo plazo y el descuento, se exceptuó de la responsabilidad común a esta clase de transmisiones.

Había poca uniformidad en las doctrinas. Por un lado, se comprendían los peligros de la facilidad de transmisión a largo plazo. Por otro, se limitaban las responsabilidades para favorecerla por reglas divergentes del derecho común. Es lo que pasa en todas las resoluciones por mayorías de votos: la anarquía existe siempre latente en ellas.

Nosotros creemos que si hay peligro está en la transmisión por largos períodos. Y que, aunque los de la colusión fraudulenta siempre existen, lo más que puede acep-

endoso. Si no lo fuesen, se aplicarán las disposiciones de la cesión de créditos.

Podrán constituirse por contrato posterior hecho en escritura pública e inscrito en el Registro.

Constituyen título ejecutivo.

Art. 21 bis. — Es nula la convención por la cual el propietario de un bien hipotecado se obliga a no venderlo, o no gravarlo.

Es también nula la celebrada antes del vencimiento de la

tarse es dejar el asunto dentro de las reglas generales, y no favorecerlo, por facilidades de excepción.

El que firma un documento a la orden, sabe lo que hace, y debe ser responsable solidariamente. Contra él no podrán oponerse sino las excepciones que esa clase de documentos admite. El que firme papeles ordinarios, tendrá las responsabilidades de todo cedente. La transmisión puede hacerse, en cualquier hipoteca, por endoso: artículo 1456, Código Civil.

Los tomadores encontrarán en el papel los datos necesarios, y verán de cuidarse de las consecuencias eventuales de un fraude siempre inminente.

No creemos que convenga ir más allá de este límite.

Puede verse toda esta discusión, en Actas de la Comisión de Catastro, tomo 5, páginas 492 a 596 y tomo 7º, páginas 106/111, 296/304.

Art. 21, bis. — § § 1136 y 1149, Código alemán. Existe la misma razón de decidir que para el artículo 3222, en ma-

deuda que acuerde al acreedor el derecho de quedarse con la propiedad del bien en caso de falta de pago, o de ser enagenado de otra manera que por ejecución judicial.

§ 1.

De los efectos de la hipoteca.

Art. 22. — La hipoteca inscrita confiere al acreedor el derecho de cobrar su crédito con preferencia sobre el valor del inmueble.

Puede pedir su ejecución y venta, en poder del deudor, o constituyente, así como en el de cualquier tercero poseedor.

Art. 23. — En substitución de los artículos 3111, 3152, y 3936, el siguiente:

La hipoteca comprende además del capital adeudado, los intereses o rentas estipulados y debidos de dos años, y los que corran, durante la ejecución, hasta el pago efectivo, se hayan o no estipulado. Comprende, en las obligaciones

teria de prenda; y también para decidir como el artículo 3224, que vencida la deuda puede el acreedor adquirir el bien.

Art. 22. — Artículos 3162 y 3934.

Art. 23. — Los artículos substituídos no se armonizan. El 3936, contiene una limitación que los otros dos no men-

que no son de cantidades de dinero, los daños y perjuicios de la inejecución si fueron estimados en el acto constitutivo. En caso contrario, no podrán exceder de los intereses legales por el tiempo expresado en este artículo.

Comprende, asimismo, las costas y gastos de la ejecución.

Art. 24. — Se reproduce el artículo 3157, pero con la supresión de la palabra “deudor”.

cionan. Es sin embargo, exacto que no debe perjudicarse a los acreedores posteriores en categoría, por la negligencia del que por estar en un orden más favorable, permite el acrecimiento de los intereses. El Código alemán no limita el tiempo por el que los intereses tienen privilegio, § 1118, pero creemos que es más exacta la solución de nuestro Código, reproducida del francés.

El artículo 3111, contiene un grave error. Dice que los daños e intereses a que puede ser condenado el deudor por inejecución de sus obligaciones, gozan de privilegio. Se apoya en Aubry y Rau, que efectivamente lo consignan.

Pero ya estos escritores, habían dicho que para que pudieran ser reclamados los daños e intereses debían ser estimados al constituir la hipoteca. “El acreedor que hubiera omitido expresar ese valor, o dar la valuación de esos accesorios, no podría reclamar el beneficio de su hipoteca.” Aubry y Rau, III, § 274.

No se comprende que exigiéndose la estimación en dinero de los créditos de otra naturaleza se pueda admitir una

Art. 25. — Se reproduce el artículo 3158, en la forma siguiente:

El acreedor hipotecario aunque su crédito sea a término, bajo condición, o eventual, puede pedir todas las medidas conservatorias necesarias para la seguridad de su derecho y para impedir los actos prevenidos en el artículo anterior.

Cuando los hechos perjudiciales se hubieran realizado, podrá pedir el acreedor al deudor la estimación de los deterioros aunque provinieran de hechos fortuitos o de terceros y el depósito judicial de su valor, o demandar un suplemento de hipoteca.

Art. 26. — En reemplazo del artículo 3169, el siguiente:

Iguales derechos tienen los acreedores hipotecarios en

excepción para los daños eventuales, pues no habría razón que explicara esa diferencia. Lo más que se puede aceptar es, que, estimado el capital, se calcule sobre él — si hay perjuicios probados, — intereses legales sobre tiempo limitado según la regla general.

Art. 25. — No son solamente las medidas necesarias para impedir los actos de desposesión sino todas las conservatorias de un crédito. Aunque no se trate de actos del propietario, y sean hechos fortuitos, puede el hipotecario pedir las medidas necesarias para impedirlos, o restaurarlos. § § 1133 y 1134, Código alemán. Aubry y Rau, III, § 286, número 4.

Art. 26. — § 1135, Código alemán.

los casos de deterioro, o separación de los muebles accesorios, sufridos o ejecutados contra las reglas de una buena administración.

Art. 27. — Se reproduce el artículo 3161.

Art. 28. — En substitución del artículo 3179:

El acreedor puede usar de los derechos que le atribuyen los artículos precedentes contra los terceros poseedores de los bienes hipotecados para impedir los deterioros o perjuicios, y para ser indemnizado del daño sufrido.

Art. 29. — Los frutos y productos del inmueble quedan inmovilizados, y el deudor no podrá disponer de ellos, a partir de la intimación de pago.

§ 2.

De los privilegios sobre inmuebles.

Art. 30. — Los acreedores hipotecarios tienen privilegio sobre el precio del inmueble, en el orden de prioridad deter-

Art. 28. — El artículo 3179, sólo habla de acción para evitar los actos perjudiciales. En cuanto a su extensión a las indemnizaciones, artículo 2175, Código francés y sobre él Aubry y Rau III § 287, número 4.

Art. 29. — Aubry y Rau, III, § 284, número 2.

Art. 30. — Artículo 3934, Código Civil. Artículo 2147, Código francés. La supresión de los artículos 3937 y 3938, es la consecuencia de un artículo más general de nuestro título "De los concursos".

minado por la fecha de las inscripciones respectivas. Cuando fueron efectuadas en el mismo día, aunque se hicieran en horas distintas, los acreedores ejercen a prorrata una hipoteca de la misma fecha. El privilegio subsiste sobre el precio no pagado de los accesorios vendidos.

Se suprimen los artículos 3934, 3935, 3937 y 3938.

Art. 31. — Tienen preferencia sobre los acreedores hipotecarios:

- 1º Los gastos de justicia hechos para la realización del bien hipotecado;
- 2º Las cargas e impuestos fiscales o municipales que recaen sobre el inmueble directamente, siempre que sean anteriores a la constitución de la hipoteca, y se hayan manifestado en el certificado necesario para otorgar la escritura. Los no manifestados no gozarán de privilegio.

Las cargas e impuestos posteriores a la constitución. Si son periódicos sólo tendrán prelación por los dos últimos años, y por los que transcurran durante la ejecución;

- 3º El crédito del propietario vecino que ha construido el muro divisorio, según lo dispuesto por este Código, si ha sido prenotado en el Registro, antes de la constitución de la hipoteca. Si la construcción fué posterior a ésta, no es necesaria la prenotación.

Art. 32. — Lo dispuesto sobre privilegios declarados a

Art. 31 y 32. — Con estos dos artículos entendemos reglar todo lo concerniente a privilegios sobre inmuebles.

favor de los impuestos y cargas en el artículo anterior, se aplica a todo caso de adquisiciones de un inmueble.

Carece de objeto recordar las disposiciones vigentes del Código sobre impuestos y cargas públicas a inmuebles. El artículo 3919, concede prelación a los privilegios especiales que pesan sobre los inmuebles, aun respecto de los impuestos directos e indirectos: artículos 3919, 3880 y 3881, lo que consideramos inexacto. El impuesto que gravita sobre un inmueble, o la carga pública que sobre él recae, se refiere a él, sea quien sea el que tenga derechos en él; por consiguiente, sobre el propietario, el usufructuario, el hipotecario, los acreedores comunes, según la distribución que entre ellos determinen sus relaciones jurídicas. Pero no tienen exención por el solo hecho de no ser propietarios. Lo mismo da que el inmueble sea libre, o que esté afectado con gravámenes. (1)

Pero hay dos limitaciones necesarias. La primera deriva de la certificación exigida por las leyes vigentes para otorgar una escritura. Si el Estado padece error en la existencia o entidad del impuesto pendiente no es justo que recaigan sus consecuencias sobre el que ajustó convenciones, con la base de sus constancias. Y así lo dispuso siempre la práctica administrativa entre nosotros. (Artículo 677, Código brasileño).

(1) Artículo 47, ley de introducción de las leyes francesas en Alsacia Lorena, de 1924.

La limitación de los impuestos y cargas periódicas sobre inmuebles establecida en la segunda parte del artículo precedente se aplicará a toda clase de créditos en concurrencia, aun a los quirografarios.

La segunda se deduce del mismo orden de consideraciones, que ha determinado la limitación de los intereses del acreedor hipotecario. No es conveniente que los impuestos se dejen crecer en daño de los que adquieren derechos postpuestos, y en daño del Estado mismo, pues favorece su pérdida la pérdida de ellos. Por eso es uniforme la solución. El privilegio queda limitado en los periódicos, y en los que acrecen por intereses penales que son impuestos como el capital de estos. Ley francesa de 1922, sobre impuestos directos con excepción del territorial: privilegio por un año, y el corriente, pero tanto esos impuestos, como el exceptuado, y el de mutación por herencia, etc., pesan solamente sobre las rentas y no sobre el inmueble.

Artículo 1962, Código italiano que sólo admite privilegio sobre los fundos por la Contribución territorial del año anterior y del corriente. Artículos 1923, 1º, y 1924, 1º, Código español, por el último año vencido para toda clase de impuestos; — artículo 1569, Código brasileño, por el año corriente y el anterior por todo impuesto, pero con la limitación ya recordada del artículo 677.

Estas citas sólo se presentan para acreditar el principio de que la acumulación de impuestos es inadmisibles, pero no porque se refieran a inmuebles. Los sistemas de impuestos

Art. 33. —Se reproduce el artículo 3154.

Se suprime el artículo 3153.

Art. 34. — Se reproducen los artículos 3155 y 3156. El segundo constituirá un período separado del primero, y se le agregarán las palabras “o fuese eventual” después de “una condición suspensiva”.

son muy diversos: unos recaen sobre las rentas y no sobre el bien: otros, sobre la generalidad de los muebles; y otros, por fin, sobre la de los bienes. Bajo ese punto de vista es tal la diversidad, que renunciamos a invocar la legislación comparada, como ejemplo para sistematizar la nuestra.

———La construcción de muros divisorios es una carga real de la propiedad. No depende, como la construcción ordinaria, del acuerdo de propietario y constructor que, por consiguiente, puede ser objeto de una hipoteca. Al contrario, tal vez sea resistida por el obligado; de ahí, que se halle en el caso de las cargas públicas, como los afirmados, por ejemplo. Si la construcción fué posterior a la hipoteca, es claro que tiene prioridad el propietario vecino, pues también existe la carga sobre las propiedades hipotecadas: la hipoteca no dispensa de la contribución a la erección del muro.

Art. 34. — Condicional, ya incluye lo eventual, y bajo ese concepto hay pleonismo en la corrección. Pero el Código, artículo 3109, ha creído deber hacer distinción entre condicional y eventual, y preferimos dejar la expresión circunstancial que elimina diferencias de interpretación posibles

§ 3.

**De los efectos de la hipoteca respecto de
terceros poseedores.**

Art. 35. — En sustitución de los artículos 3162 y 3163:

Cuando el inmueble hipotecado estuviese en poder de terceros constituyentes, o adquirentes, en todo o en parte, antes de proceder contra ellos, debe el acreedor hacer intimar judicialmente al deudor el pago del capital y los intereses exigibles. Si este no lo efectuase en el acto del requerimiento, cualquiera que fuese la excusa que alegase, podrá el acreedor recurrir a los terceros poseedores exigiéndoles el pago de la deuda o el abandono del inmueble hipotecado.

Art. 35, bis. — Se reproduce el artículo 3164, con la supresión de la palabra “propietario”, y la substitución de las palabras “que hubiere quebrado”, por “concurso”.

respecto de las deudas exclusivamente dependientes del deudor, como en una apertura de crédito.

Art. 35. — El artículo 3162, limita esa decisión a los terceros que hubieran adquirido por enajenación derivada del deudor el inmueble ya hipotecado. Pero todas las disposiciones del capítulo comprenden:

1º A los que sin ser adquirentes constituyeron la hipoteca en garantía de la deuda ajena;

Art. 36. — Se reproducen los artículos 3165 y 3166, que se pondrá como segundo párrafo del primero.

Se pondrá después de “Rehusándose”, “el poseedor”.

Y en el 3166, se pondrá en vez de “inenajenabilidad”, “no ser exigible la deuda”.

2º A todos los poseedores a quienes alcance la hipoteca, aunque no deriven su posesión por título adquisitivo otorgado a su favor, por ejemplo, el que de propia autoridad ocupa un inmueble hipotecado perteneciente a una herencia vacante. Lo único exacto es lo dispuesto por el artículo 2419: el poseedor, propietario adquirente, o no propietario, está sujeto a las cargas reales del bien poseído con título y sin él. Decimos en el texto terceros poseedores, para comprender todos los casos de desmembraciones, pues están interesados los poseedores cualquiera que sea la extensión de su derecho; deben intervenir en el procedimiento.

Las otras supresiones derivan de haberse establecido en artículos anteriores, disposiciones más precisas sobre cosas accesorias de los inmuebles hipotecados separadas de ellos.

Art. 36. — En el artículo 3166 debe ponerse “inexigibilidad” como está en Aubry y Rau, § 287, número 2, de quienes es el texto.

Art. 37 y 38. — Se reproducen los artículos 3167 y 3168.

Art. 39. — Se modifican los artículos 3169, 3172 y 3174 así:

Puede abandonar el inmueble y librarse del juicio de los ejecutantes, si no estuviese personalmente obligado como deudor directo o subsidiario, o cuando asumió el pago del crédito.

El abandono no autoriza al acreedor para apropiarse el inmueble. Su derecho se reduce a hacerlo vender para cobrarse con su precio.

Abandonado el inmueble hipotecado, el Juez nombrará un curador con el cual se seguirá la ejecución.

Art. 40. — Se reproduce el artículo 3170.

Art. 41. — Se modifica el artículo 3171, así:

El tercer poseedor si se opone al pago o al abandono

Art. 41. — No es solamente respecto de terceros que procede la contribución, por la cantidad que la subrogación permitiría reclamar. También el deudor, porque si el ejecutado por convención con él tomó a su cargo el pago, ella es **res inter alios acta** para los demás, y a su vez estos tienen acción subrogatoria por el todo, contra el deudor, o por parte, según se trate de codeudores que sólo en esa medida tienen acción recursoria.

La subrogación, por lo general, no existe sin el pago previo. Pero del artículo 3171 ya se infiere que el pago forzado requerido, aunque no realizado aun, autoriza la exigencia de la contribución proporcional.

está autorizado para hacer citar al juicio a los poseedores de otros inmuebles afectados al crédito a fin de hacerlos condenar a indemnizarle contribuyendo al pago de la deuda de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10. Esta autorización no paraliza ni afecta la acción del acreedor.

De este derecho pueden usar los poseedores de inmuebles que estuviesen obligados personalmente al pago de la deuda, en todos los casos en que quedarían subrogados por el pago forzado a los derechos del acreedor, según las disposiciones de los artículos 768 y 771.

Los otros poseedores pueden exigir que el deudor entre en la contribución con el valor total de los inmuebles hipotecados al crédito que posea, aun cuando el ejecutado hubiese tomado a su cargo el pago de la deuda.

El artículo 3171, no constituye modificación alguna de lo establecido por el 3114. Es perfecto el derecho derivado de la indivisibilidad de la hipoteca para ejecutar un bien, y si el poseedor de este obtiene la indemnización por vía del requerimiento a que lo autoriza el artículo 3171, no por eso detiene la ejecución, ni el procedimiento del acreedor se modifica por la intervención de los terceros requeridos. Es esta un incidente de la ejecución principal. Laurent, 31, número 269; Baudry y Loynes, III, número 2170.

La explicación de las distintas soluciones de nuestro proyectado artículo debe buscarse en las doctrinas de la subrogación de que son directa aplicación.

Art. 42. — Se reproduce el artículo 3173.

Art. 43. — Se reproduce el artículo 3175.

Art. 44. — Se reproduce el artículo 3176.

Art. 45. — Se reproduce el artículo 3177.

Art. 46. — Se reproduce el artículo 3178.

Art. 47. — Se reproduce el artículo 3180, substituyendo las palabras: “deben ser mantenidos” por las siguientes: “se registrarán por las disposiciones establecidas para los locadores en general, en el título respectivo”.

Se le agregará el párrafo siguiente por separado:

Los frutos y productos quedan inmovilizados desde la intimación de pago.

Art. 48. — Se reproducen por separado los artículos que van del 3181 al 3184. Se suprime el 3185.

En el artículo 3183, se agregará después de la palabra “servidumbres”, éstas: “y otros derechos reales”, etc.

Art. 49. — Se reproduce el 3186.

Art. 47. — Aubry y Rau, III, § 287, 4º. El agregado somete el caso a las reglas generales. Eso explica por qué no hemos salvado el silencio del Código sobre los contratos hechos por el deudor hipotecario. Es asunto ligado con el sistema general de publicidad.

Art. 48. — La modificación del artículo 3183, deriva del artículo 3157, como la disposición sobre las servidumbres. Ver Laurent, 31, números 317 y 318. En cuanto a la extinción de las hipotecas por efecto de la venta: artículo 3196.

§ 4.

De la extinción de las hipotecas.

Art. 50. — Se reproduce el artículo 3187.

Art. 51. — Se reproduce el artículo 3188.

Art. 52. — Se reproduce el artículo 3189, al cual se agregará el párrafo separado siguiente:

El deudor que ha verificado el pago, o ha sido condenado a realizarlo, queda subrogado al acreedor, contra el poseedor de bienes hipotecados que asumió el pago de la deuda como directo deudor.

Se asimila al pago la confusión.

Se suprimen los artículos 3190 y 3191.

Se suprime el artículo 3192.

Art. 53. — Se reproduce el artículo 3193.

Se suprime el artículo 3194.

Art. 52. — Respecto del agregado: § 1164, Código alemán. Así lo dispone el Código, artículo 3191, para el caso particular de extinción de la fianza por confusión. La disposición es más general: comprende toda hipótesis de confusión.

Se suprime el artículo 3190, porque ya está dispuesto lo mismo por el artículo 803, y el 3192, porque es la reproducción del artículo 759 y siguientes.

Art. 53. — Se suprime el artículo 3194, porque es uno de los casos comprendidos en las reglas generales de la constitución de derechos reales.

Art. 54. — Se reproduce el artículo 3195.

Art. 55. — Se modifica el artículo 3196, en la forma siguiente:

- a) se substituirá la palabra “citación” por las siguientes: “audiencia previa”;
- b) después de las palabras “sobre el inmueble” se pondrá: “desde que el remate fué aprobado y el comprador consignó el precio de venta a la orden del Juez. El privilegio subsistirá sobre ese precio”;
- c) Los acreedores hipotecarios y el Fisco, serán citados antes de empezar los procedimientos de cumplimiento.

Art. 55. — Son simple desarrollo de la actual disposición las correcciones propuestas. Tal como ahora se interpreta por los jueces, se considera que la citación es solamente para presenciar cruzados de brazos los acreedores hipotecarios, la realización de un remate, sin participar y vigilar las medidas necesarias de tasación por peritos en cuya designación no se les consulta, y cuyas conclusiones, — tan graves como son, — no conocen, sin intervenir en las condiciones de la venta, en la subdivisión del bien, si conviene, en la publicidad de la venta, en el nombramiento del rematador, en una palabra en la vigilancia de todas las medidas fundamentales de la sinceridad de la venta. Se producen verdaderos escándalos judiciales. Es ya un expediente frecuente la promoción de juicios simulados, para despojar de su garantía a los acreedores hipotecarios. Estos, por lo mismo que tienen derechos reales en el bien, son

to de la sentencia de trance y remate dictada en la ejecución. Pueden impugnarla, y son parte en todas las medidas necesarias para cumplirla y distribuirse el precio.

Art. 56. — Se reproduce el artículo 3198.

Art. 56, bis. — Se substituye el 3197 por el siguiente :

No puede constituirse hipoteca por un término mayor que el de cuarenta años. Se extingue por el hecho de transcurrir ese término desde el día de su inscripción, aunque se hubiera convenido uno mayor.

El deudor tendrá siempre el derecho de restituir el importe no amortizado de la deuda, sin otro suplemento, fuera de los intereses atrasados, cuando hubiesen pasado

parte tan legítima en los procedimientos de su realización como el ejecutado mismo. Es eso lo que significa el artículo 3196 cuando dice: “remate ordenado por el Juez con citación de los acreedores hipotecarios”.

La sentencia de trance y remate no pasa al período de cumplimiento para proseguir la ejecución, sin la audiencia de todos los acreedores hipotecarios, y audiencia del fisco por su privilegio.

Art. 56, bis. — El plazo del artículo substituído no permite una amortización conveniente para el deudor, y ha sido violado por leyes especiales, algunas de ellas, provinciales. El proyectado la permite con bajo interés y fondo amortizante moderado. No podría admitirse un plazo mayor sin graves inconvenientes.

diez años desde el día de la inscripción. Deberá anunciarlo al acreedor con seis meses de anterioridad.

No puede convenirse la renuncia de esa facultad, ni un plazo mayor para ejercerla. No puede pactarse a favor del acreedor.

El correctivo económicamente necesario para evitar las malas consecuencias de las afectaciones largas, se encuentra en la segunda parte de nuestro artículo. El deudor debe tener la facultad de redimir la deuda pasado un plazo, que todas las legislaciones le reconocen, y que varía en ellas. Hemos tomado el de diez años del artículo 3197, que la nota al 2070, preveía para los censos.

El Código alemán, § 1201, reconoce el derecho de rescate al deudor. Prohíbe que se lo reserve el acreedor, en los censos (Rentenschuld). Lo permite para la deuda inmueble.

Los Códigos francés — artículos 530 para la renta reservativa, y 1911 para renta perpetua, — italiano, artículo 1783, para todos los censos — español, 1608, en el mismo supuesto, — reconocen las facultades del deudor para redimir la carga que grava su inmueble, en plazos muy desemejantes entre ellos.

Entendemos que con nuestro proyectado artículo, facilitamos en el más alto grado, y, lo creemos, sin inconvenientes, el uso del crédito real, y hacemos posible la admisión de otra categoría de afectaciones, que sin motivo plausible ha proscripto nuestro Código; sólo las admite por un térmi-

§ 5.

De la cancelación de las hipotecas.

Art. 57. — Se substituyen los artículos 3199, 3200 y 3201, por el siguiente:

La hipoteca y la toma de razón, no se cancelarán sino por providencia judicial ejecutoria contra la cual no proceda recurso, o por escritura pública en la cual exprese su consentimiento para la cancelación o declare la extinción del crédito, la persona a cuyo favor se hizo la inscripción, o sus causa-habientes, o representantes.

Los tribunales ordenarán la cancelación cuando la toma de razón no se ha fundado en escritura pública, o cuando la hipoteca se ha extinguido.

no tan breve, que las hace imposibles por inútiles. Nos referimos a los censos.

Es claro que la extinción de la hipoteca no causa la de la deuda, sino allí donde, según la convención constitutiva se haya pactado una amortización total o parcial, periódica, c no. Por eso dice nuestro texto que ha de restituirse el capital no amortizado. Hay libertad de convención.

Art. 57. — Artículo 82. Ley hipotecaria española. No es necesario convenio de partes constante de escritura pública, puesto que el artículo 3193, admite la extinción por

Art. 58. — En substitución del artículo 3202.

Cuando se hubieran otorgado letras o pagarés por el importe de la deuda, y hubieran sido registrados, el deudor o un tercero, pueden solicitar la cancelación de la hipoteca entregándolos al Registrador que los archivará, poniendo en ellos constancia de que su importe es el total de la deuda hipotecaria; mencionará, además, en el Registro esa circuns-

renuncia hecha por el acreedor solamente y la cancelación como consecuencia. Es la práctica notarial constante que basta la presencia del acreedor sólo para otorgar la escritura de pago.

Art. 58. — El artículo 3202, dispone que la cancelación se haga sin otra formalidad que la presentación de los documentos de crédito otorgados por cuenta de la deuda. Pero, debe tomarse la precaución de archivar los papeles, pues no quedaría sin ello justificativo de la extinción de la deuda, ya que no hay protocolo que contiene la escritura de pago como en el caso más general.

Asimismo, consideramos que, exacto como es que la cancelación de la inscripción no debe hacerse si no se ha efectuado la extinción total de la deuda, no hay inconveniente, y sí ventaja para todos los intereses en juego, del deudor, y de terceros, en dejar constancia en la inscripción de que se ha reducido la deuda, — no la afectación que es indivisible, — en una medida dada. Ese interés puede decidir al deudor a entregar los documentos y así se evita la posibilidad de que vuelva a descontarlos, o emitirlos.

tancia, el instrumento e inscripción de que derivan, y la fecha de la entrega.

Cuando los documentos que se entreguen no sumen el total de la deuda, no cancelará la hipoteca, pero podrá inscribir el valor de ellos en la inscripción inicial, con referencia a los instrumentos presentados que archivará como está prevenido.

Art. 59. — Se reproduce el artículo 3203. Se substituirán las palabras “chancelar”, y “chancelación”, por “cancelar”, y “cancelación”.

No decimos como el artículo 3202, que se procede a la cancelación de la hipoteca cuando se presente el total de los pagarés emitidos, sino que se efectuará cuando con ellos resulte que se ha extinguido el total de la deuda. Puede consistir ésta en una parte movilizada por esos documentos, y su retiro sólo justificará la extinción parcial, y puede justificar la extinción total si la parte no movilizada se ha extinguido por otra causa, pago, renuncia, confusión, etc.

Nota. — El título entero de las hipotecas, y todo el capítulo, del artículo 3923, a 3938, quedan substituidos por el proyectado. Las disposiciones sobre Registro, serán proyectadas en el Título especial sobre el asunto, que, por su naturaleza misma, debe ir al fin del Código y comprenderá toda la materia de las inscripciones, y sus efectos.

TITULO XIII

De los censos. •

* El Código dispone por su artículo 2614, que no pueden imponerse sobre los bienes raíces censos, ni rentas que se extiendan a mayor término que el de cinco años. En ninguna parte se ha determinado qué derechos constituyen los censos o rentas permitidos, y, por consiguiente, en qué consistan los no autorizados.

Tal como está escrito el artículo, es dudoso si se refiere a censos que en toda hipótesis, limitados o no limitados, se prohíben, y a rentas que se permiten por cinco años, o a censos y rentas que excedan de ese término. La redacción viene desde el proyecto, y debemos aclararla, para medir el alcance de la decisión.

La palabra censos que empleaba la legislación española vigente en el momento de la sanción del Código, no tenía un sentido bien preciso si hemos de juzgarla a través de la anarquía de opiniones que resulta de la literatura jurídica. Unos entendían una cosa, otros otra. Así, Alvarez, a quien el doctor Vélez Sarsfield anotó, lo definía como “un derecho de percibir cierta pensión o rédito anual procedente de la traslación del dominio de alguna cosa hecha a favor de aquel que queda obligado a pagar el rédito”: Instituciones: apéndice de los censos, número 960. Y, número 973, se dice que “el censo consignativo se llama así porque se consigna

o funda sobre los bienes del que lo concéde sin perder por esto el dominio, así útil como directo, que tenía antes en los mismos bienes". En el reservativo, número 967, hay transferencia de una cosa raíz, "esto es del dominio directo y útil reservándose una pensión anual que deberá pagar el que recibe la cosa a quien llaman censatario".

No resulta de esa exposición, ni de las distintas de otros escritores, Llamas y Molina, sobre la ley 68 de Toro; Ferrero, de Goyena, II, número 3188 y siguientes; Gutiérrez Fernández, Códigos fundamentales, II, De los censos; Goyena, Proyecto, III, sobre el título X, y mucho menos de los antiguos. Avendaño, Covarrubias, etc., si los censos eran derechos personales, garantizados, o eran afectaciones de bienes, en que no existía deudor, como es en la *Rentenschuld* de derecho alemán. Unos veían una cosa, otros otra. Y lo mismo ocurría con las distintas clases, enfitéutico, consignativo, reservativo, vitalicio, etc.

No nos interesa esclarecerlo. Se dice por algunos, que el derecho español recibió la institución del alemán — las Partidas sólo conocen, el censo enfitéutico, — y Goyena entiende que son censos los que el Código francés llama rentas, y que jamás son afectaciones de bienes, sino derechos personales. La dispersión de ideas no puede ser mayor.

Pero, volviendo a nuestro artículo, no puede existir duda de que no hay en él distinción entre censo y renta, porque así se entendía unánimemente. Tampoco puede experimentarse respecto de a qué clase de rentas o censos, se

refiere: lo dice el texto, a los que se “imponen” sobre “bienes raíces”. Se trata, siempre, de “imposición”.

Si es así, ya tenemos aclarado lo único que nos interesa saber. No pueden imponerse sobre los bienes, como derechos reales que los afectan, a ellos, a los bienes, censos o rentas por tiempo mayor de cinco años. Cuando, por consiguiente, el artículo 2503, enumeraba los derechos reales, omitía los censos, que, sin embargo, constituyen “imposiciones” sobre los bienes raíces, y no solamente, sobre las personas.

Y esta conclusión, la de que las rentas pueden afectar o imponer los bienes inmuebles, resulta de otro texto, pero esta vez ya no se trata de una afectación no mayor de cinco años.

Porque pueden constituirse rentas vitalicias, a título oneroso, artículo 2070, y pueden constituirse hipotecas para garantizarlas, artículo 2080.

Si es así, pueden constituirse afectaciones sobre bienes raíces, para asegurar rentas por la duración de la vida misma del asegurado, y, por consiguiente, no limitadas al término del artículo 2614.

Esta conclusión es, ciertamente, grave. Pero antes de desarrollarla, debemos recoger otro dato.

En la nota del artículo 2070, se nos explica que al autorizar las rentas vitalicias, “no se trata de la constitución de rentas perpetuas como eran los censos porque esa clase de renta no podrá constituirse sino sobre bienes raíces; pues cuando tratemos de los derechos reales, estableceremos que

en ellos no se pueden reconocer gravámenes de rentas de ninguna clase por más de diez años”.

Y todavía, agrega, la nota: “Tratamos en este título sólo del contrato oneroso de renta vitalicia, porque cuando la renta se constituye gratuitamente es una donación a plazo; y si por testamento, es también un legado a plazo”.

La nota no es ley. Revela, sin embargo, el pensamiento que ha presidido a la redacción del título y confirma la conclusión que ya habíamos enunciado. Lo que entiende el Código, no es que no se puedan afectar inmuebles al pago de rentas aunque sean vitalicias: artículo 2080. Lo que entiende es que los censos son afectaciones de inmuebles a pagos de rentas. Y o hay contradicción irreductible entre los artículos 2080 y 2614, o hay que resolverla por una distinción. Los censos son afectaciones sin otro deudor que el propietario: deben limitarse a cinco años. Las hipotecas constituidas afectando inmuebles al pago de rentas vitalicias, son derechos accesorios de obligaciones asumidas por un deudor personal.

Todavía debemos detenernos un momento.

Se nos acaba de decir en la nota, y lo repite su párrafo final, que cuando se constituyen rentas vitalicias a título gratuito hay donación, si hecha entre vivos, o legado, si por testamento. Pero donación y legado válido, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 3603.

No hay inconveniente en asegurar la donación con hipoteca. Pero, si lo hay, en constituirla por legado; no hay

otra hipoteca, — según el Código, — que la convencional — artículo 3115.

Ahora que conocemos el sistema del Código, podemos notar sus deficiencias, y la poca firmeza de su doctrina.

Por un lado se prohíben las imposiciones de rentas por un término mayor de cinco años. Por el otro pueden constituirse afectaciones hipotecarias en garantía de rentas vitalicias constituidas a título oneroso. También se podría hacerlo por donación. En uno y otro caso debería necesariamente determinarse el capital hipotecario: artículo 3109.

Pero si es así, hay que preguntarse que motivo ha determinado la prohibición. Se habla de inconvenientes económicos, y es innegable que las afectaciones perpetuas los tenían. También existen para los plazos muy largos.

No existen para los plazos restringidos. El mundo moderno ha rectificado ciertas preocupaciones políticas que indujeron la hostilidad legislativa revolucionaria en algunos países. Se veía en los gravámenes inmobiliarios relativos a pagos periódicos, la subsistencia de las cargas feudales.

Pero el pago periódico es la forma más simple y favorable de suministro de capitales a la agricultura. La fábrica, el comercio, cuando usan del préstamo, realizan por la venta de los objetos el capital invertido, y pueden restituirlo en plazo breve. El agricultor, ordinaria y casi necesariamente, sólo recupera por la cosecha, sumas que apenas le permiten servir los intereses y una corta amortización. De ahí la hipoteca a largo plazo, y con servicios acumulativos, que

conducen a la redención del inmueble por extinción de la deuda.

Si es así, queda la demostración perentoria de que eran preocupaciones, y no realidades económicas, las que llevaron a la prohibición de las afectaciones de término prolongado encerrado en el de amortización de interés y pago periódico. Lo que se prohibía por un lado, volvía por otro: ¿o no es afectación la hipoteca?

Y ¿qué es la renta vitalicia garantizada con un bien inmueble? ¿No es el censo consignativo el del primer período del artículo 2073, y el reservativo, el del segundo, que el 2080, permite servir de base a la garantía inmobiliaria?

La renta vitalicia existe durante un término extintivo. ¿Cuánto durará? Es aleatorio. Pero aleatoria, la deuda se extingue con servicio periódico, como la hipoteca con servicio acumulativo se extingue en un término no aleatorio. Esta diferencia deja intacta la ventaja económica que se busca: se adquieren bienes por medio de pagos periódicos aleatorios o conmutativos.

Ahora bien. Si eso se autoriza por nuestra legislación para la renta vitalicia onerosa, y para la gratuita, ¿no es cierto que está hecha la demostración de que sólo una preocupación impide la constitución de prestaciones periódicas garantizadas con afectaciones de bienes raíces?

La renta o censo consignativo no se diferencia jurídicamente de la hipoteca con amortización acumulativa sino en un detalle, que, ese, no es ya de orden económico, y, nos

permitimos decir, ni de orden jurídico. Ese detalle es, el que con un poco de benevolencia interpretativa, le hemos prestado al artículo 2614: la exoneración de responsabilidad personal del propietario constituyente, que, cuando cesa en el dominio, queda exento de ella.

Pero ya hemos dicho que no era característico del censo, porque muchos de los principales escritores censualistas lo consideraban una simple hipoteca, y porque muchos otros — Alvarez, Goyena, Febrero, — ni siquiera, al definirlo, exigían otra cosa que constitución de un crédito periódico extintivo del capital, en unos casos, como en el censo vitalicio, y en otros, no.

En una palabra, tan corta es la distancia, si la hay, entre el censo consignativo y la hipoteca, que el Código italiano, artículo 1782, la ha desconocido, y ha considerado simple hipoteca, la afectación en ese caso, exigiéndola especial.

Se ve que el censo no requiere esencialmente la liberación del constituyente, y se guía por las reglas comunes de la hipoteca.

A esta altura de nuestra investigación carece de objeto continuarla.

No hemos admitido la hipoteca independiente de crédito. Sólo hemos reconocido la constitución accesorio de él. Y esto porque es particularmente peligrosa. Se constituirían para defraudar a los terceros, asignando valores arbitrarios a las cosas. Es el peligro de la *Rentenschuld*, alema-

na, y de la constitución de renta, del artículo 847, Código suizo.

El primero trata de obviarlo, por su § 1199, exigiendo para la constitución la determinación de una suma determinada para la redención. El segundo, por las limitaciones más que complicadas de sus artículos 848 y 849. Este sistema es imposible en nuestro país.

Todo esto nos ha determinado a acercar la constitución de rentas, hasta la asimilación con el sistema hipotecario.

Toda constitución de renta onerosa no vitalicia, es un crédito común, y la hipoteca que lo garantiza se guía por sus reglas. El capital es el de constitución.

La vitalicia onerosa, es extintiva por medio del servicio efectuado. También se guía por los principios comunes. La mismo diríamos de la gratuita, salva en todos los supuestos, la cuestión de inscripción del capital.

Pero también se constituyen rentas vitalicias por testamento: artículo 3603.

Dejando intacta la cuestión sobre reducción en caso de violación de la legítima forzosa, para su oportunidad, siempre es verdad que ya no se puede hablar de hipoteca. No la hay por testamento. Y, o se deja sin seguridad el legado, o hay que buscar algún medio jurídico de obtenerla.

Jamás podrá justificarse la imposibilidad de asegurar en que ha dejado el Código, a la renta constituida por un testamento, y la dificultad que resulta de la falta de disposiciones sobre la hipoteca en las donaciones.

Hay, al contrario, motivo para favorecer semejantes liberalidades.

Un testador puede tener razones de proteger la ancianidad de las personas que le han prestado fieles y cariñosos servicios. Es una noble prerrogativa de que la ley no puede privarle.

Y una de dos. O se deja un capital como legado, o se deja una renta, vitalicia o no. Si es lo primero, se priva a los herederos, definitivamente, de él. Si es lo segundo, se corre el riesgo dependiente de la fidelidad y la solvencia del heredero a quien no anima el cariño o protección del causante.

El censo que afecte un inmueble asegura las ventajas del legado de renta, y el cumplimiento de él. Hoy, hay que optar entre el perjuicio del heredero, y el riesgo del legatario.

¿Por qué no ha de haber censos por más de cinco años?
¿Por qué los hay vitalicios garantizados, a título gratuito y a título oneroso, por la vida entera del favorecido, y por tiempo limitado en la hipoteca amortizable?

Por último: ¿Por qué hay usufructo, es decir, un derecho mucho más extenso y perjudicial que la renta, también posible por una vida? ¿Por qué hay derecho vitalicio de uso o habitación?

Queda una dificultad. No debe existir renta con afectación de un inmueble que perturbe el regimen hipotecario. Y puede quedar afectado de dos maneras: por la falta de

determinación de la suma que grava el inmueble a causa de la renta impuesta, y por la dificultad que puede existir, en caso de realización del bien. En otras palabras, el derecho hipotecario, — y con él, el crédito real, — queda, posiblemente, perturbado en sus dos atributos esenciales: privilegio y acción ejecutiva.

Esas dificultades se resuelven fácilmente en las rentas temporarias. La suma garantizada es la del total de las prestaciones adeudadas. En otros términos, — salva la estipulación expresa contraria, — las prestaciones periódicas constituyen amortizaciones de capital y pago de interés. Están en el caso normal del artículo que hemos proyectado para la hipoteca. Si se ha estipulado que las prestaciones no amortizan, debe la escritura constitutiva expresar, según la regla general, el capital por qué se constituye hipoteca.

En las rentas vitalicias la dificultad es mayor. No puede hablarse de la suma de sus prestaciones como en el caso anterior. Tampoco, de capital constitutivo, ni aunque sean a título oneroso, desde que muchos factores pesan al pactarla, como en la venta pesan sobre el precio, y entre nosotros hay libertad de pactarlo, y no existe lesión enorme.

El Código, que autoriza la hipoteca, lo ha dejado librado a la regla general de la convención que la funda, y según la suma convenida se inscribe la hipoteca.

Pero esa regla no resuelve la dificultad, sino para establecer el máximo del privilegio. No da el Código, base

para calcular el valor que ha de cobrarse en caso de venta del bien, por la acción hipotecaria.

La prestación vitalicia, no extingue solamente la obligación de abonar la renta, como lo dice el artículo 2083. Extingue todo derecho, sin distinción de capital y renta. La naturaleza del contrato así lo impone: se ha vendido una renta vitalicia, por el precio pagado. Es característico de toda renta que constituye un crédito cuyo reembolso no puede ser exigido: Aubry-Rau, 4, § 387; Laurent, 27, número 261. Todo sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 2087 y 2088 combinados.

Según esto, estamos en presencia de la misma dificultad en que se halla la hipoteca de renta vitalicia gratuita, y también de la constituida por testamento. No se sabe cuanto durará.

Pero las leyes de amortización de los censos perpetuos, y hasta la de redención de capellanías, nos han dado el precedente, y la regla. El capital de inscripción, será el que resulte de capitalizar la renta anual al interés bancario de la plaza en que se constituye la renta, el día de su establecimiento. Si ese interés baja posteriormente, o si sube, determinará la cantidad eventual del crédito, pero no afectará el privilegio resultante de la inscripción inicial.

Expuestas estas consideraciones generales, creemos justificado nuestro modo de ver ya expresado. Tratamos de permitir los censos temporarios a plazo cierto, y a plazo vitalicio. Pero los aproximamos a la hipoteca, como, en defini-

Art. 1. — Puede afectarse un inmueble, que continúa en poder del propietario, al pago de una suma de dinero que ha de efectuarse en plazos periódicos. Las partes deben establecer, pena de nulidad, un término final que no podrá ser mayor de cuarenta años. Pueden convenir que durará por la vida del acreedor.

Art. 2. — En defecto de estipulación expresa, se considera que los pagos periódicos producen la extinción de la deuda dentro del término cierto, o vitalicio, convenido.

Art. 3. — Todas las disposiciones del título de la hipo-

tiva, se hace en las legislaciones que en apariencia se alejan de ella, con la afectación real exclusiva de la obligación personal, porque en última tesis las reglas de la hipoteca se aplican en lo esencial: § § 1192 y 1200, Código alemán. La hipoteca es la institución reguladora de todo crédito real sobre los inmuebles.

Art. 1. — Es condición esencial de la afectación, que el bien continúe en poder del propietario, constituyente o sus sucesores, como ocurre con la hipoteca, porque de otra manera podría burlarse la prohibición de constituir enfiteusis, o se violaría la cláusula de limitar a diez años el arrendamiento. Aunque éste no es derecho real, se crearía uno que lo fuera, sin esa limitación.

Arts. 2 y 3. — Va envuelto en esas disposiciones que los pagos periódicos no implican la existencia de un capital inde-

teca se aplican a las afectaciones por prestaciones periódicas, en cuanto no estén modificadas por el presente.

Art. 4. — Pueden constituirse por testamento afectaciones a pagos periódicos. Deberán ser inscritos, como está dispuesto para las hipotecas.

Art. 5. — Las partes fijarán la suma por la cual, de acuerdo con el artículo 3109, ha de hacerse la inscripción.

Cuando el testador lo haya omitido, se considerará que la inscripción se realizará por la suma que importa la capi-

pendiente de ellos, salva la estipulación contraria. Es en este caso una hipoteca común; y en el general, una hipoteca amortizable.

También va presupuesto que las afectaciones de que hablamos no constituyen deuda exclusiva del propietario **pro tempore** y, que al contrario, existe deudor y deuda regidos por el derecho hipotecario común. La exención del deudor primitivo, no podría venir sino por asunción de deuda ajustada con el adquirente del inmueble.

Hemos dicho en otras ocasiones que no se ha aceptado la deuda inmobiliaria alemana en sus dos formas (Grundschuld, y Rentenschuld) ni la hipoteca sobre sí mismo, por el peligro de fraude que envuelve, y que el derecho suizo trata de prevenir por medidas impracticables en nuestro país.

Art. 5. — El principio general del artículo 3109, debe ser mantenido para las afectaciones contractuales a título oneroso y gratuito, con las mismas consecuencias. El § 1199,

talización de la renta anual constituida, al tipo de interés que cobre a sus deudores el Banco Hipotecario Nacional.

Art. 6. — La constitución de censo hecha por donación o testamento, salva disposición contraria, es incesible. Podrá ser embargada la renta en los casos prevenidos en el título III, libro II.

Código alemán lo impone, si bien con carácter de valor de redención. El suizo, artículos 848 y 849, sigue otro sistema. El de nuestro proyecto significa valor máximo para el privilegio respecto de terceros, pero no valor de redención, sino en cuanto se limita a ese máximo respecto de ellos.

Hemos creído conveniente prever la omisión del testador, excusable en sus últimos momentos, y que no debe hacer ilusorio su legado. En los demás casos, la intervención del notario evitará las omisiones.

La capitalización sobre el interés que cobre el Banco Hipotecario Nacional, sigue la regla general para calcular el legal en defecto de convenio, y en la constitución de renta, no hay capital separado de los intereses, sino una deuda periódica que se extingue dentro del término fijado.

Art. 6. — Decimos que la constitución gratuita de censo lo hace incesible, porque no tiene otra interpretación posible el acto del donante o del testador que no ha querido sino favorecer con una renta a una persona dada. Si otro fuera su propósito habría legado un bien en las condiciones de enajenación ordinarias. El favorecido puede en otro caso,

Art. 7. — No puede constituirse censo sino por prestaciones en dinero.

ser impulsado a desprenderse, tal vez en virtud de manio-
bras desleales, de lo que se le ha dejado para asegurar su
subsistencia.

El artículo 2076 prohíbe el empeño — es decir, la enaje-
nación que es su consecuencia, — y el embargo de la renta
vitalicia onerosa, cuando sea de carácter alimenticio. Con
mayor razón debe prohibirse la cesión de la gratuita sin
examinar si tiene o no el carácter de pensión alimenticia,
permitiendo litigios sobre su mayor o menor latitud. Es
claro que si no es estrictamente necesaria, el donante o tes-
tador ha querido proporcionarle comodidades mayores.

Pero no existe motivo para impedir la acción de los
acreedores sobre el emolumento en cuanto lo permiten las
reglas generales.

El artículo 1981, Código francés, respecto de la renta
vitalicia, y también el italiano, artículo 1800, autorizan en
los casos de ser gratuita, se establezca la cláusula de inalie-
nación. Creemos que es más exacta nuestra interpretación
del acto, que no concebimos como voluntad del donante o
testador de servir una renta a otras personas que al favore-
cido. Ciertamente no piensa en abonarla a sus compradores
o acreedores prendarios.

Art. 7. — § 1199, Código alemán. El artículo 2074, per-
mite que las prestaciones sean de frutos, o servicios, paga-
deros en dinero. Pero es preferible evitar las dificultades de

Art. 8. — Cuando el propietario usase de la facultad de redimir el censo, en los casos del artículo 56 bis, título de la hipoteca, se procederá como lo haya dispuesto el título constitutivo de la renta. No se considera, salva convención contraria, que el capital de estimación para la inscripción del censo, constituya capital de redención.

todo género que de ahí se siguen, entre partes, y en relación de terceros. Es preferible que las prestaciones sean determinadas y fijas.

Art. 8. — La convención o testamento pueden disponer las bases de redención. Pero el sistema hipotecario exige la inscripción de una suma en dinero, para determinar el privilegio en razón de los acreedores que lo hayan de padecer.

Es claro que esa estimación, no se extiende a otros efectos. Así, en la renta vitalicia ésta se extingue dentro de la vida, y no es lo mismo calcularla al principio, que diez o veinte años después, puesto que cada vez disminuye la cantidad probable que habrá que pagar. Lo mismo pasa con las rentas periódicas por término dado. Al principio, constituye la suma de todas. Después, la de las pendientes.

Algunos códigos, hablan de capital y rentas. Nuestra redacción se refiere, — artículo 1 — a una deuda única sin distinción en sus elementos, que se paga y extingue gradualmente por prestaciones periódicas. De éstas debe deducirse su monto en defecto de pacto expreso.

Art. 9. — Si nada se hubiera convenido para la redención, se observará lo siguiente:

- 1º Cuando el censo se hubiera establecido por término fijo, se deberá la suma de las prestaciones hasta su acaecimiento, con deducción del interés corriente, por el adelanto de ellas;
- 2º Si se tratase de renta vitalicia, se depositará judicialmente a usuras pupilares, un capital que según el interés que ellas devenguen, sea suficiente para abonar la renta periódica. El capital depositado pertenecerá al propietario que redimió el bien, y le será entregado a la muerte del censalista.

Art. 10. — Cuando por acción de otros acreedores, o por la declaración de concurso del propietario del bien afectado, o por otras causas, se procediese a la venta forzada del inmueble se procederá como está dispuesto en los dos artículos anteriores, pero en ningún caso podrá obtenerse privile-

Sobre la inadmisibilidad de la exigencia de pago anterior al término, de parte del acreedor, Wieland, II, artículo 847, número 2.

Arts. 9 y 10. — Reconocido el derecho de redimir el censo, aún en caso de renta vitalicia, pasado el término de diez años, no puede admitirse que por ese hecho se libere el propietario de la deuda que constituyó. Debe pagarla, y, por consiguiente, toda la pendiente, deducido el interés por el adelanto según las reglas generales.

gio por una suma mayor que el capital estimado para la inscripción.

En el caso de que no pudiese constituirse por insuficiencia de la cantidad el capital prevenido en el inciso 2º del

No puede admitirse que en la renta vitalicia se siga otro principio que el del cumplimiento. Y no es exacta la solución del artículo 2087, que para el supuesto de disminución de las garantías ya prestadas, autoriza la resolución con la **restitución del precio**. Ni es el precio pagado lo que debe restituirse, como en los demás contratos onerosos no es lo entregado lo que se debe, sino lo pactado que puede ser más y puede ser menos, (lo que significaría que el deudor se exoneraría de lo ajustado cuando no le conviniera cumplirlo, disminuyendo por su hecho las garantías), ni hay precio en las rentas vitalicias gratuitas.

Tan lejos está ese artículo de la solución exacta, que los mismos apoyos que invoca, establecen la contraria que proyectamos: Aubry-Rau, 4º, § 390.

Decimos en el artículo 10, “o por otras causas”, porque por expropiación a causa de utilidad pública, por la venta del bien afectado, — según las reglas de la acción hipotecaria, — por ejemplo, desaparece la afectación del bien, o conviene que desaparezca, pues a los compradores puede retraerlos la subsistencia del censo.

Cuando por falta de cumplimiento, el acreedor procede para hacer efectiva su acción en el bien, es claro que desaparece su garantía, y por consiguiente estamos en el caso gene-

artículo anterior, el acreedor será autorizado a tomar anualmente sobre este capital la suma necesaria para cubrir su renta, sin perjuicio de concurrir en la masa quirografaria en caso de concurso.

Art. 11. — Los censos perpetuos y las capellanías con ese carácter constituídos antes de la sanción de este Código, serán redimibles de acuerdo con lo dispuesto en los artículos precedentes para la renta vitalicia. Su capital depositado queda afectado al servicio de la renta.

Art. 12. — No puede constituirse censo sino a favor de las personas naturales.

ral de la redención, o extinción adelantada del censo. No es, pues, exacto, otra vez, lo que dice el artículo 2088 para la renta vitalicia onerosa, como lo expresan los fundamentos que cita: artículo 1978, Código francés, 1819, Código holandés, y está explicado en Aubry-Rau, § 390. El acreedor puede perseguir la venta de bienes para cobrarse y para asegurar los servicios futuros en caso de renta vitalicia. Y con mayor razón, de los bienes que constituyen su garantía; artículo 2080.

Arts. 11 y 12. — Es lo que necesariamente resulta de lo dispuesto por los artículos 2070 y siguientes y 3603, para la renta vitalicia, y de la abolición de los censos perpetuos.

Tampoco lo admitimos para los temporarios. Porque se trataría de un medio de eludir nuestra proyectada disposición sobre las fundaciones, según la cual, deben afectarse

Los constituidos a beneficio de otras entidades son nulos, sin perjuicio de la redención de los constituidos en virtud de leyes anteriores a éste Código.

para ellas, bienes en **plena propiedad**. Con establecer censo a favor de corporaciones, quedaría eludida.

En cuanto a las rentas para destinos de orden piadoso o religioso, no existe el mínimo inconveniente para que sus constituyentes las efectúen por donación o testamento, entregando las sumas que deseen a quien haya de emplearlas. Lo que solamente queda excluido, es la afectación de inmuebles con esos fines.

La redención de capellanías ha dado margen a distintas leyes, que nos obligan a detenernos un instante.

Una de la provincia de Buenos Aires, dictada en 1858, según la tradición, por consejo del autor del Código, autorizó la redención de las capellanías, o fundaciones piadosas mediante la capitalización al interés del 6 por ciento de la renta, y el depósito en dinero o en fondos públicos de ese capital. La provincia en esos momentos tenía poder pleno de legislación, por no regir todavía la Constitución, y, por consecuencia, no existir el Código Civil.

Cuando éste se sancionó, quedaba constituido en ley exclusiva, — artículo 22 — y, según su texto, todas las leyes generales y especiales quedaban derogadas.

Que era asunto de legislación civil, la ley de redención de capellanías, es cosa fuera de duda. Se trata de afectaciones de bienes de “**capitales impuestos sobre bienes raíces**”;

según el texto de la ley de 1858, de cargas constituyendo derechos reales, y, además, de derechos privados establecidos de acuerdo con la legislación general anterior. Era, pues, doble la razón que sometía al Código Civil, la redención: extinción de derechos existentes, prohibición de constituir otros reales fuera de los enumerados en los artículos 2502 y 2503.

Pero el Código omitió establecer las condiciones de redención de los ya existentes. Y se siguió aplicando la ley de la provincia, derogada e insubsistente, según su artículo 22.

En Octubre de 1902, dictó el Congreso una nueva de redención de las capellanías. Declaró el derecho de levantar el "gravamen impuesto sobre bienes raíces situados en la capital federal y los territorios nacionales", y fijó el capital de la redención. Llegó hasta autorizar la inversión en fondos públicos de los valores depositados en los bancos por efecto de liberaciones anteriores.

Había, pues, una ley local, limitada a una parte de la República, que suprimía gravámenes. En esa parte no existían sino tales derechos reales: no lo eran los censos de capellanía. En la restante, cada provincia haría lo que le conviniera, y podrían existir nuevas constituciones, o subsistir las antiguas. Había quince Códigos civiles posibles. Quince regímenes de derecho hipotecario. Quince regímenes de privilegios. El artículo 67 de la Constitución no aseguraba la unidad de legislación. El artículo 108 de la misma estaba

derogado: las provincias podían legislar sobre censos y fundaciones pías.

Y así, por ejemplo del Congreso, la provincia de Buenos Aires, ha continuado aplicando su ley de redención. Y las otras también. Quedan autorizadas a disponer el empleo en fondos públicos de ellas, del 6 % o del que les plazca, sin límite; pueden soberanamente decir, que los particulares no tienen derecho de redención; que las afectaciones pueden continuar a perpetuidad, que cesan como tales, y se transforman en derechos simples de crédito, sin garantía especial; que depositando un importe dado en la Tesorería queda cancelada la capellanía. No es otra cosa decir que se redime en fondos públicos. La afectación dispuesta por el fundador, se ha convertido en el apoderamiento por el Estado de la suma que constituye el capital. El fondo público es la confiscación a su favor, del bien particular, mediante promesa de servir la deuda, lo que, si las circunstancias no se oponen, se efectuará. Entretanto el capital lo tiene el Estado-Nación, o el Estado-Provincia.

¡Así lo ha querido el Congreso!

Expuesta la situación legal existente, nos parece excusado examinar su valor constitucional. Y esto, bajo el doble aspecto de la unidad de legislación, que no debe ya discutirse en la República, y bajo el punto de vista de la redención en fondos públicos. El Estado no puede apoderarse de los bienes privados mediante promesa de servir una renta: artículo 17, Constitución nacional.

Art. 13. — Si se dejasen transcurrir dos años sin pagar las rentas periódicas, el acreedor puede pedir la ejecución del bien afectado, y se procederá como lo dice el artículo 10.

Art. 14. — El acreedor censalista, al tiempo de entregar el recibo de cualquier pensión o renta, puede obligar al censatario a que le dé un resguardo en que conste haberse hecho el pago.

Entendemos con los artículos proyectados hacer efectivos los artículos 67, incisos 11 y 108 de la Constitución nacional, y el 22 del Código Civil. No hay otra redención de capellanías y de cualquier otra especie de fundaciones pias, o de censos laicos, fuere cual fuere su naturaleza, y la época de su constitución, que la que dejamos proyectada. Los capitales de la redención no pertenecen al Estado. No se redimen con fondos públicos.

Art. 13. — Artículos 1912 y 1978, Código francés. Artículo 1551, proyecto de Goyena. Sobre los primeros: Aubry-Rau, 4, § § 390 y 398, y 2, § 223 ter., y nota 10.

Art. 14. — Artículo 1616, Código español, y sobre él Goyena, artículos 1552 y 1553. Véase, artículo 2263, Código francés.

TITULO XIV

De la prenda.

Art. 1. — En substitución del artículo 3204, el siguiente:

Habrà constitución de prenda cuando se entregue en virtud de una convención una cosa mueble o un crédito al acreedor, en seguridad de una obligación cierta o condicional, presente o futura. No hay otra prenda que la convencional. No existe por efecto de las sentencias.

Puede ser constituída por el deudor, o por un tercero que no queda personalmente obligado al pago del crédito.

Art. 1. — Si bien del artículo 1142, resulta que constituye contrato real la constitución de prenda, y la de anticresis, no se dice en parte alguna, que sólo pueden constituirse por convención. Así como el art. 3115 declara que no hay otra hipoteca que la convencional para excluir la judicial y la legal, así también debe establecerse para la prenda. El crédito real en todas sus formas, no puede resultar sino de los acuerdos de las partes interesadas. La prenda es una afectación convencional de una cosa en garantía de un crédito. La jurisprudencia la ha creado, sin embargo, en nuestro país contra este principio fundamental. Por eso, aunque la ley impone la solución contraria a ella, hemos juzgado necesaria la reforma del artículo.

Tampoco dice el Código, como lo decía para la hipoteca, que la prenda puede ser constituída por un tercero. Desde

Art. 2. — En substitución de los artículos 3205, 3206, y 3207.

Los derechos que da la constitución de prenda, sólo subsisten mientras el acreedor está en posesión de la cosa, título al portador, o papel endosado, en su caso, sea personalmente o por medio de un tercero convenido entre las partes constituyentes. La entrega de los objetos prendados que se encuentran en la posesión mediata del constituyente se efectúa por la trasmisión de esa posesión al acreedor y la comunicación de la constitución de prenda al poseedor inmediato.

El constituyente responde por la evicción.

Art. 3. — Se reproduce el artículo 3208.

Art. 4. — Se reproducen los artículos 3209 y 3212. El segundo se pondrá como párrafo separado del primero.

su definición del artículo 3204, en todo el título sólo habla de la constitución hecha por el deudor. Pero es claro que cualquier persona puede disponer de lo suyo, y por consiguiente afectar sus bienes, en las formas legales, cuando lo considere conveniente. Y hasta puede afectarlos sin intervención del deudor. La convención es la ley de las partes. Véase Código francés, artículo 2077; italiano, artículo 1883; alemán § 1211; Aubry y Rau, 4º § 431; Laurent, 28, número 443.

Art. 2. — Ya se ha prevenido en el título respectivo como se adquiere la posesión. Sobre la prenda de cosas en poder de tercero, § 1205, Código alemán.

Art. 5. — Se modifica el artículo 3210, así:

Puede constituirse una nueva prenda sobre el mismo objeto a favor de otro acreedor con tal que éste obtenga la posesión conjunta con el primero, o sea puesto el objeto prendado en posesión de un tercero por cuenta común.

Se suprime el artículo 3211.

Art. 6. — Se modifica el artículo 3213, así:

Sólo puede constituir prenda el dueño de la cosa, o acreedor del crédito afectado, que tiene la capacidad de disponer de sus bienes.

El acreedor que de buena fe hubiera recibido la prenda que no pertenecía al constituyente, puede negar su entrega al propietario verdadero, si no hubiera sido robada o perdida, o si hubiera recibido el crédito de quien estaba en posesión de él.

Art. 7. — Se modifica el artículo 3214, así:

Cuando la cosa robada o perdida fué comprada en venta pública a persona que acostumbraba vender cosas semejantes, el propietario podrá reivindicarla de poder del acreedor pagándole lo que hubiera costado al constituyente.

Art. 5. — El artículo 3211, es inútil.

Art. 6. — Los títulos al portador siguen la regla de las cosas: artículo 731, 6°. En cuanto a los otros créditos, argumento del artículo 732.

Art. 8. — El artículo 3215 se modifica así:

Será precedido por el artículo 3216, y puesto como segundo párrafo separado del mismo en la forma siguiente:

El acreedor que ha debido restituir al propietario la cosa ajena recibida de buena fe, en prenda, podrá exigir que se le entregue por el constituyente otra de igual valor; sino lo hiciere, podrá exigir el pago de la deuda aunque estuviese pendiente de término, sin perjuicio de sus derechos por la evicción padecida.

Art. 9. — Se reproduce el artículo 3216.

Art. 10. — Se reproduce el artículo 3217.

Art. 11. — Se substituyen los artículos 3218, 3219, 3220 y 3221, por el siguiente:

Si el deudor constituyese posteriormente otra obligación a favor del acreedor prendario, que fuese exigible antes del pago de la primera, no está obligado el acreedor a la

Art. 8. — Podrá pedir la reintegración de la prenda, no solamente al deudor como lo dice el artículo 3215 sino al tercero constituyente porque por la convención con éste se determinó a conceder crédito al deudor.

En la constitución de prenda por un tercero existen dos contratos: el del acreedor con el deudor, y el del acreedor con el tercero. Es éste quien ha creado la prenda. Deben aplicársele todas las consecuencias de su falta de cumplimiento. Sin él, el acreedor no hubiera concedido el crédito. Pont, Du nantissement, número 1141. Laurent, 28, número 443.

restitución de la prenda antes de ser pagado de uno y otro crédito. Este derecho de retención, no importa privilegio prendario, ni existe cuando la prenda fué constituida por terceros, o el acreedor hubiera adquirido el segundo crédito por cesión, sucesión o subrogación.

Art. 12. — La prenda garantiza el pago por preferencia de la deuda, sus intereses convencionales, y moratorios, las cláusulas penales y, en su caso, los daños e intereses causados por la falta de cumplimiento de la obligación, así como los gastos judiciales de la ejecución. Si la prenda se constituyó por un tercero, no puede ser extendida la obligación por actos jurídicos posteriores del deudor.

Art. 13. — Se modifica el artículo 3227, así:

Si el acreedor pierde la posesión de la cosa tiene acción para recobrarla de cualquier persona en cuyo poder se halle, sin exceptuar al constituyente.

Art. 14. — Se reproduce el artículo 3232, así:

La prenda comprende los accesorios y aumentos de la cosa cuya propiedad corresponde al constituyente.

Se reproduce como segundo párrafo separado del mismo, el artículo 3231 modificado así:

Art. 12. — § 1210, Código alemán; artículo 891, Código suizo, y sobre éste, Wieland, *Droits réels*, II.

Art. 14. — Como se advertirá, el artículo 3231, y se acentúa el concepto con la modificación, importa un anticresis sobre cosas muebles y créditos. En derecho alemán en que no se ha legislado el anticresis como derecho real, es la solución

Si la prenda produce frutos, o dividendos, el acreedor está obligado a percibirlos por cuenta del deudor, y se imputarán, en defecto de convención, a los intereses de la deuda si se debiesen, o al capital si no los llevase.

Puede convenirse que los frutos y dividendos, en el todo o en parte, pertenecerán al acreedor en vez de intereses, aunque de hecho no se hayan obtenido.

Art. 15. — Se reproducen los artículos 3233 y 3235: éste se pondrá como segundo párrafo separado del primero.

Art. 16. — Se modifica el artículo 3234, así:

Los acreedores del constituyente pueden exigir la venta de la prenda bajo las condiciones establecidas en el artículo 18, sin estar obligados a satisfacer antes al acreedor prendario. El derecho de éste se limitará a ejercer su privilegio sobre el precio de la cosa.

proyectada, la corriente entre sus intérpretes. Dernburg, Sachenrecht, § 270, número 3. Staudinger, Sachenrecht, II, sobre el § 1213 y el § 1289, Código alemán. Planck-Brodmann, sobre los mismos.

Art. 16. — El derecho de los acreedores no tiene relación alguna con la indivisibilidad de la prenda, sino con el derecho de retención que es conexo con ella. No son los acreedores del deudor como tal, los que pueden exigir la realización del bien, sino los del propietario que puede ser tanto el deudor, como un tercero. Si la cosa pertenece a éste, los acreedores del deudor no tienen acción alguna sobre lo que no garantiza sus créditos.

Art. 17. — Se modifican los artículos 3225, 3226, 3228 y 3229, así:

El acreedor no puede servirse de la cosa dada en prenda. Está obligado a conservarla, y responde por su pérdida o deterioro, si provienen de su culpa o negligencia.

El dueño debe al acreedor las expensas necesarias para la conservación de la cosa, aunque ésta pereciese después. No debe las útiles o de mejoras, sino cuando hubieran dado mayor valor al objeto prendado. No puede reclamar la devolución de éste sino hubiese pagado esas impensas.

Art. 18. — No efectuando el deudor el pago de la obligación y sus accesorios cuando fuese exigible, el acreedor podrá pedir la venta en remate público de la cosa dada en prenda. El Juez deberá oír, previamente, al deudor y al tercero propietario en el caso de que la prenda se hubiera constituido por éste. Si el valor de la cosa no excede de quinientos pesos podrá el Juez ordenar la venta privada.

El acreedor podrá adquirir la cosa prendada por la compra en remate, o en venta privada autorizada, o por adjudicación judicial en caso de no existir postores.

Art. 17. — También aquí se aplica la observación anterior. El acreedor prendario se responsabiliza con el dueño del bien que se lo ha entregado, y no con el deudor. Tampoco éste debe las impensas.

Art. 18. — Hemos explicado al tratar de la hipoteca los graves abusos a que ha dado lugar la falsa interpretación de la expresión “con citación” de que se vale el artículo 3224.

Art. 19. — Si el constituyente de la prenda, no es el deudor, puede oponer a la demanda del acreedor para la realización del bien, todas las excepciones que competen a un fiador. No puede invocar el beneficio de inventario a favor del deudor.

Art. 20. — Se modifica el artículo 3222, así:

Es nula la convención, hecha antes de la exigibilidad de la deuda, por la que el acreedor prendario puede apropiarse la prenda, aunque su valor sea menor que el crédito,

Esa citación es la audiencia previa, y no la posterior: es inviolable la defensa de la persona y los bienes en juicio. Lo que se vende es una propiedad del constituyente, deudor, o tercero.

En el sentido proyectado, § 1220 Código alemán.

Alteramos el valor de doscientos pesos del artículo 3224, en virtud de las razones que expusimos para fijar la cantidad que excluye la prueba testimonial.

Art. 19. — Argumento del artículo 3186, Código Civil, § 1211, Código alemán. Todos los detalles que el último menciona están consignados en las reglas de nuestro Código, relativas a la fianza.

Decimos “realización”, y no, venta judicial, para comprender todos los casos, por ejemplo, el del artículo 3223.

Art. 20. — En cuanto a la limitación de la nulidad a las convenciones anteriores a la exigibilidad por vencimiento o por caducidad del término, § 1229, Código alemán; Laurent,

o que permita disponer de ella fuera de los modos establecidos en este título. Es igualmente nula la convención que prive al acreedor de solicitar la venta de la cosa.

Se agregará en segundo párrafo el artículo 3223, al que se cambiará la palabra “deudor” por las de “dueño de ésta”.

Se le suprimirán las palabras “la prenda”.

Art. 21. — En substitución del artículo 3230:

Si el acreedor abusa de la prenda, o no percibe sus frutos, o de cualquiera manera la perjudica o pone en riesgo de pérdida o deterioro, el dueño de ella puede pedir se ponga en secuestro a costa del acreedor. Puede también pedir la restitución de la prenda mediante el pago del acreedor. Si la deuda no estuviera vencida, se descontarán los intereses, y en su caso, los legales correspondientes al tiempo que faltara hasta el acaecimiento del término.

Art. 22. — Si hay motivo para temer la pérdida o un

28, número 519 y siguientes; Aubry y Rau, 4º § 434, 2º; Pont, Nantissement, número 1162. Estos escritores admiten la validez de la convención pasada antes del vencimiento y después de la constitución, lo que consideramos erróneo. Sobre el artículo 894, Código suizo, Wieland, 2º.

Art. 21. — § 1217, Código alemán.

Art. 22. — § 1218, Código alemán, y artículo 682, proyecto franco-italiano de Código de las obligaciones. Informe de la Comisión redactora, página 177.

deterioro notable del valor de la prenda, el constituyente puede exigir su restitución mediante el establecimiento de otras garantías reales. No se admitirán fianzas. Puede, si lo prefiere, pedir la venta.

El acreedor prendario debe dar aviso inmediato al constituyente de la pérdida inminente, sino hay imposibilidad de hacerlo.

Art. 23. — Si la garantía dada al acreedor prendario se halla en grave peligro por la pérdida inminente de la prenda, o la importante disminución de su valor, puede el acreedor pedir la venta en la forma prevenida. La prenda queda trasladada al precio que deberá quedar en consignación.

El constituyente puede oponerse a la venta ofreciendo otras garantías reales suficientes, según el arbitrio judicial.

Art. 24. — El constituyente, en caso de presentarse una ocasión ventajosa para la venta de la cosa dada en prenda puede pedir al Juez autorización para efectuarla. El Juez oirá al acreedor, y si hubiese urgencia por cualquier motivo, en éste, así como en los casos de los dos artículos

Art. 23. — § 1219, Código alemán, y artículo 681 del proyecto citado.

Art. 24. — Artículo 683, Proyecto franco-italiano. El § 1220, Código alemán autoriza a prescindir de la citación, plazos y notificaciones, en caso de imposibilidad. No juzgamos prudente llegar hasta ahí: basta con proceder sumariamente pero con intervención de los interesados, o de un defensor.

precedentes, resolverá sumariamente. El precio quedará consignado, y subrogará a la prenda.

Art. 25. — Cuando la prenda consistiera en un crédito, el acreedor prendario no podrá solicitar su venta, ni adjudicación. Deberá solicitar su cumplimiento.

Art. 26. — Cuando el crédito dado en prenda fuese exigible antes del garantizado con ella, el constituyente puede, en virtud de motivos suficientes, hacer notificar al deudor, que debe efectuar el pago por consignación a nombre común con el acreedor prendario.

Art. 27. — El acreedor prendario puede exigir el pago

Arts. 25, 26 y 27. — La prenda, según lo hemos dicho al tratar de los privilegios, ha tomado una importancia trascendental, en el derecho moderno. Y esto, no solamente por el extraordinario desarrollo que han tomado los títulos al portador emitidos por el Estado y los particulares, con sus efectos sobre las relaciones bancarias, sino todavía por la extensión que han tomado los créditos por materias primas, manufacturadas, o transportadas, que engendran warrants, certificados de depósito, conocimientos, etc. Debe, pues, proveer la legislación a estas necesidades, que actualmente constituyen la inmensa masa de las operaciones de crédito real.

El estado actual del derecho comparado no es satisfactorio. Hay una acentuada anarquía de soluciones.

Dejemos por un momento a nuestro Código.

En derecho francés ha prevalecido la solución de que el acreedor prendario, si puede percibir los intereses o rentas

del crédito dado en garantía, sin perjuicio de lo prevenido en el artículo anterior para el caso de que su propio crédito no fuese exigible.

del crédito dado en garantía, no puede recibir el capital adeudado. Se deduce esta conclusión del artículo 2078, Código Napoleón. Sin examinar ese texto y ver si impone esa conclusión, es el hecho que ha prevalecido, y como en el derecho francés, en el italiano.

En cambio en el alemán, se ha considerado que esa conclusión, no corresponde a las necesidades prácticas de las relaciones prendarias. (Motive, III, página 861). Se ha autorizado, al contrario, expresamente, al acreedor cuyo crédito es exigible a ejercer la acción de la deuda pignorada para obtener el cumplimiento. § 1282, Código alemán. Pero se distingue: si el crédito dado en prenda es exigible antes del garantizado, no puede el acreedor prendario percibir la prestación, ni el deudor abonarla. Sólo es posible el pago conjunto a los dos acreedores, prendario, y deudor, o en defecto de su acuerdo, el pago por consignación: § 1281.

En el Código suizo, la solución es más radical. No puede pagarse en hipótesis alguna, al acreedor prendario solo, ni a su deudor: es menester, su acuerdo. En defecto de él se ha de pagar por consignación.

Y por último, tenemos la solución del artículo 587, Código de Comercio: el acreedor prendario puede cobrar, en todos los casos, el crédito dado en prenda, sea o no exigible el suyo garantizado.

Si lo pagado fuese una cosa mueble cierta o incierta, se trasladará la prenda sobre ella. Si consistiese en dinero, y el propio crédito también estuviese liquidado en dinero, se

Es la solución del artículo 691 del proyecto franco-italiano de las obligaciones.

Sorprende esta anarquía de opiniones, en presencia de relaciones tan comunes. Al fin, las doctrinas sobre prenda, y sobre obligaciones, son uniformes. ¿Por qué, entonces, tanta divergencia, en su aplicación?

Nótese que las soluciones francesa y la suiza, son, en definitiva, comunes. Porque, es claro que si el acreedor prendario no puede recibir la prestación del crédito dado en garantía, tampoco lo puede el deudor-acreedor. Por fuerza, pues, se llega a exigir el pago por consignación.

Nuestro Código no contiene disposición alguna al respecto, a menos que se pretenda que del artículo 3222, se deduce la conclusión que los escritores franceses han sacado de la cláusula semejante de su artículo 2078. Pero no se podría, porque el Código de Comercio es supletorio del civil — artículo 16, — y en él existe solución expresa de la cuestión.

Y esta es creemos, la verdadera en buena doctrina.

Tenían razón los autores del Código alemán al decir que la solución francesa, y de otros códigos, no corresponden a las realidades de la institución. Se ha exigido una garantía real para contratar, y se ha convenido en que ella consista en un crédito. No queda éste en poder del deudor.

aplicará en pago de lo adeudado en prenda. Si el crédito del acreedor prendario no consistiese en dinero, o la prenda no fuese estimada en dinero, y lo pagado fuese en moneda, quedará en prenda en seguridad del crédito prendado.

Tampoco queda libre en cuanto a su derecho: se notifica su afectación al tercero-deudor.

Pero eso no constituye solamente un embargo. Es otra cosa. Es una prenda. Es una garantía de qué, en caso de no pagarse el crédito principal, el valor afectado asegura el pago. Y si es un crédito ¿acaso constituye valor sino es por su prestación? Por eso es que las prendas de otros objetos pasan a poder del acreedor prendario: para hacer efectivo en ellas el crédito, sin intermediarios, por apoderamiento directo, y por realización sin reivindicaciones y reclamos contra intermediarios. El crédito es un derecho a una prestación: la garantía es la prestación misma. El derecho es nada sin ella. Por eso no permitimos la enajenación del derecho. Exigimos la realización de él: la prenda está en la prestación, y el acreedor la recauda. La prenda, es, ahora, efectiva.

Creemos, por consiguiente, que la prenda de un crédito, no responde a la realidad de las cosas, sino permite recaudar la deuda, porque lo que se ha tenido presente es su entidad, la solvencia de su deudor, en la seguridad de que se hará efectiva. Por eso se entregan los instrumentos. Por eso, tiene privilegio el prendario, en los objetos entregados por cumplimiento de la obligación.

Si la prestación del crédito cobrado fuese un inmueble, quedará en hipoteca en seguridad del crédito garantizado, bajo la condición de su registro inmediato.

En cambio, se pretende, ahora, que no puede recibir la prestación, al revés de la regla general, de que el objeto de la prenda se entrega al acreedor. Y esa excepción se establece para privarle de su acción directa. Se le substituye por una consignación necesaria, para entrar en procedimientos y cuestiones que no se refieren ya solamente a la venta. Se alimentan cuestiones ajenas a ella.

Por eso, creemos, que la solución de nuestro Código de Comercio, que, como se ha visto, es la del Código alemán, y se proyecta en otros países habituados a conclusiones opuestas, es la más exacta. La prestación, constituye la verdadera prenda. El crédito es el medio de obtenerla.

Pero no distinguimos como en el Código alemán lo hacen los § § 1281 y 1282, entre el crédito exigible, pendiente aun el asegurado, y el exigible después de serlo el prendario, para imponer dos soluciones obligatorias para el deudor tercero.

Pendiente la obligación garantizada, de término o liquidación, no puede el acreedor prendario, disponer de la prenda, pero no hay duda de que puede retenerla en su poder. ¿Por qué privarle de ese derecho normal?

Lo grave es que se impone al deudor del crédito dado en prenda, la obligación de pagar — § 1282, — si el garantizado es exigible, y se le prohíbe pagar, sino lo es: § 1281.

Él debe, pues, saber lo que hay en las relaciones ajenas, que han determinado la prenda, de cosas inciertas, de materias primas depositadas, de efectos embarcados, de aperturas de créditos bancarios, etc. Si se equivoca, — y no tiene datos positivos, sino por accidente, o lo que es más grave, por informes insuficientes, o colusivos, modificados posiblemente después de habersele comunicado, — él es responsable: pagó a quien no debía pagar, o resistió pagar a quien ahora resulta poder exigirlo.

Creemos, evidente, el inconveniente de una doble solución obligatoria. Admitimos la aplicación de los principios generales. El deudor prendario puede usar de las medidas conservatorias de su derecho y pedir la consignación de los dineros u objetos que todavía no pueden ser aplicados a la extinción de su propia deuda. Por ejemplo, en caso de insolvencia presente o probable del acreedor prendario.

Pero eso es el derecho común, y no el excepcional del § 1281 del Código alemán.

———De nuestro artículo 27, resulta que puede ser dinero, y cosas inciertas, por consiguiente cantidades de cosas fungibles y consumibles, el objeto de la prenda. No hemos juzgado disponerlo expresamente en artículos directos, porque es ese el derecho corriente que fluye de las disposiciones generales. La prenda de cosas inciertas, es, lo hemos dicho, repetidas veces, la más frecuente en las transacciones comerciales modernas.

Art. 28. — Si el crédito dado en prenda fuese exigible antes que el garantizado con ella, puede el deudor o el acreedor prendario solicitar la colocación de la suma percibida a usuras pupilares, o invertido en valores, según las reglas establecidas para la colocación de fondos de incapaces, por el tiempo que faltase hasta la exigibilidad del crédito prendario. Si lo percibido fuesen cosas ciertas o inciertas, susceptibles de deterioro, o de pérdida de valor, u ocasionaren gastos de conservación, el Juez en esos casos y otros semejantes, puede a requerimiento del acreedor, o del deudor, autorizar su venta.

En todos los casos de este artículo, continuará la prenda sobre los valores depositados, o adquiridos.

Esas conclusiones son la traducción de la idea ya expuesta: la prenda de un crédito, es la prenda de su objeto mismo. § § 1247, 2º, y 1287, Código alemán.

Art. 28. — El Código alemán, § 1288, dispone para el caso de cobro de sumas de dinero, lo que nuestro artículo repite.

Pero no habla de los casos más frecuentes de prenda de warrants, certificados de depósito de lanas, granos, materias primas de toda especie, de conocimientos, etc. En tales casos los productos pueden sufrir en su calidad, o pasar la época o estación para disponer de ellos. Conviene adoptar el mismo principio que para las sumas de dinero.

Art. 29. — Cuando existen varias prendas sobre el crédito prendado, el acreedor que tiene la más antigua ejerce el derecho de cobrar su importe.

Art. 30. — El derecho de prenda sobre títulos al portador, es regido por las disposiciones relativas a la prenda de cosas.

Art. 31. — El acreedor prendario no está obligado a efectuar los pagos de nuevas cuotas exigidas por los emisores de los papeles dados en prenda. Deben ser abonadas por el deudor, salva convención distinta.

Art. 29. — § 1290, Código alemán.

Art. 30. — § 1293, Código alemán. No hemos creído deber establecer reglas especiales para la realización de esa clase de valores. El Juez resolverá según las de procedimiento. Conocemos gravísimos abusos cometidos por ventas simuladas hechas aparentemente con intervención de corredores; y por otra parte, habría que entrar en reglas de detalle sobre papeles que tienen cotizaciones constantes en las Bolsas, y los que no las tienen: también se preparan cotizaciones simuladas.

Art. 31. — Vivante, Del pegno, número 676, tomo VII, del *Codice di Commercio commentato*, de Bolaffio y Vivante. La falta de reembolso autoriza la realización de la prenda, aunque hubiese plazo para la obligación anterior: la prenda es indivisible.

Si el acreedor las abona, la prenda se extiende a ellas. Puede exigir su reembolso inmediato.

Art. 32. — Cuando la exigibilidad del crédito dado en prenda, depende de una opción, o declaración del acreedor, el prendario puede hacerla por sí solo, si fuese exigible su propio crédito. En caso contrario deben hacerla de común acuerdo el acreedor prendario y su deudor.

Si la opción o comunicación correspondiesen al deudor del crédito dado en garantía, no producirán su efecto sino son hechas al propio acreedor y al prendario.

Son válidas las convenciones distintas que acuerden el acreedor prendario y su deudor.

Art. 32. — § § 1283, y 1286, Código alemán. Como lo dicen los Motivos de éste — III, página 862 — el derecho reconocido al acreedor prendario de cobrar el crédito dado en prenda trae como solución implícita la de hacer las declaraciones de que depende.

Pero, mientras su derecho a cobrarse de su propio crédito no esté abierto, no puede cobrarse con la persecución del deudor del que se ha dado en garantía, puesto que no es exigible sin la declaración previa. De ahí la necesidad de un acuerdo con el deudor prendario. Sino lo obtiene, esperará a que su derecho se haga activo. Si hay riesgo en la demora, se aplicarán las reglas de ese supuesto.

Art. 33. — Se reproducen los artículos 3236 y 3237, que se pondrá como segundo párrafo separado.

Se suprimirá la palabra “principal” en el primero.

Art. 34. — Se extingue también por renuncia de la prenda hecha por el acreedor, aunque subsista el crédito. Basta su declaración si es comunicada al dueño de la cosa.

La entrega de ésta por si sola y sin necesidad de declaración, extingue la prenda. No pueden hacerse declaraciones contrarias, ni reservas.

La posesión de la cosa por el constituyente hace presumir que le ha sido devuelta por el acreedor.

Art. 35. — Cuando la prenda es constituida por un tercero, éste puede oponer la compensación con su propio crédito.

Art. 36. — Se reproduce el artículo 3239, con la supresión de las palabras “por el pago de la deuda”.

Se agregará el siguiente párrafo:

Si hubiera cobrado créditos, restituirá el excedente después de cubierto el suyo.

Art. 33. — No solamente la obligación principal como dice el texto, sino todas, accesorias y eventuales: artículo 3229.

Art. 34. — § 1253 y 1255, Código alemán.

TITULO XV

De la prenda con registro. *

I.

* Una ley de 1914, ha establecido bajo el nombre de prenda agraria, una clase especial de privilegio sobre cosas muebles que permanecen en poder del deudor en garantía de un crédito, la cual subsidiariamente queda regida por las reglas comunes de la prenda.

No obstante determinar el texto expreso de la ley, que se trata de prenda agraria, se ha extendido su aplicación a toda clase de máquinas, entre ellas, a los automóviles, aunque no se empleen en la agricultura. Una sentencia ha confirmado esa interpretación, que la autoridad administrativa había ya adoptado, disponiendo el registro de prendas sobre máquinas de toda especie.

Las reglas fundamentales del Código Civil quedaban profundamente alteradas. La posesión de muebles no equivalía a título. Podía constituirse prenda sin desapoderamiento. Los privilegios del locador quedaban desnaturalizados, y los derivados del trabajo, suministro de semillas, útiles de cultivo, seguro, etc., profundamente modificados.

Pero aunque se trataba de una ley especial, se la incorporaba al sistema de la legislación general, y lo que es más notable, del Código de Comercio.

Era esto, ciertamente, una especialidad de la ley. En ninguno de los países que han creído deber adoptar la nueva clase de prenda, se ha juzgado que se trata de una materia comercial. Los Códigos que la han admitido en ciertos países, son los Códigos civiles, sin que se conozca excepción. En otras naciones, se ha juzgado más prudente dejar el asunto fuera de la Codificación, regido por leyes particulares. En ninguna, los escritores que se ocupan del asunto, son los comercialistas. Los más autorizados, declaran que no les compete la materia. (Thaller, *Droit commercial*, número 1603 — Lyon-Caen, *id.*, III, número 405, b, — Lacour et Bouteron, *id.*, I, número 921; etc.). Los escritores italianos de derecho comercial, no obstante tratarse de una materia que en su país no es de libre ejercicio, sino limitado a bancos, asociaciones cooperativas, y otros institutos semejantes, ignoran totalmente el asunto aun en las obras más recientes (Bolaffio, *Atti di commercio*, tomo I, C. di commercio annotato da Bolaffio e Vivante, — Vivante, *Del contratto di pegno*, tomo VI del mismo).

En cambio, tanto en Francia como en Italia, son los civilistas los que exclusivamente tratan de la materia (Baudry-Loyne, *Nantissement*, I, números 87, 1 y siguientes, — Planiol, Rippert, et Becqué, *Suretés réelles*, I, números 256/272 y hasta la hipoteca de buques de navegación interior, y aeroplanos, números 273:78 — Colin y Capitant, II, páginas 768, — Bianchi, *Privilegi*, número 448 y siguientes, etc.).

Los Códigos de Comercio más recientes como el alemán, o proyectado, como el italiano de 1922, no solamente no se incorporan el asunto, sino que declaran enérgicamente — artículo 3º del primero, y 4º del segundo — que sus disposiciones “no se aplican a las explotaciones agrícolas y forestales”: “las operaciones relativas a la agricultura no son actos de comercio”.

En Italia se produjo un fuerte movimiento de opinión, contra el pensamiento atribuido a la Comisión encargada del proyecto presidida por Vivante, de incluir la agricultura entre las industrias sometidas al Código de Comercio, lo que determinó la modificación del artículo 5 del vigente, por la declaración más expresa aún, del artículo 4 proyectado (Véase, Osti, *Credito agrario, e diritto privato*, en *Riv. di diritto commerciale*, 1928, I, página 73; — Scuto, *La determinazione della materia di commercio*, id., página 313).

Tan poco comercial es el asunto que la ley francesa de Marzo de 1929, ha declarado expresamente que se deroga la de Agosto de 1920, la cual por su artículo 12 calificaba de comerciales las cajas de crédito agrario. La nueva suprime esa disposición para “marcar la autonomía de las cajas de crédito agrícola respecto del derecho comercial de las sociedades. Ha transferido, además, a la secretaría del tribunal civil una atribución que los incisos siguientes de aquel artículo, conferían a la del tribunal de comercio... Se notará que la ley de Abril 18 de 1922 había reconocido formalmente el carácter no comercial de las cajas de crédito agrí-

cola, dispensándolas de la inscripción en el registro de comercio." Voirin, *Revue trimestrielle*, 1929, página 529.

Por fin, en el derecho alemán son los civilistas los que exclusivamente se ocupan de estudiar la aplicación del constituto posesorio a las cosas muebles, con lo que se trata de establecer una garantía de créditos, no obstante la prohibición del § 1205, Código Civil alemán. No es extraño que considere civil el asunto, desde que este Código, y no el comercial, organiza la hipoteca naval: § 1259, y siguientes, y no arbitrariamente, sino por muy serias razones de sistema.

La decisión del artículo 28 de nuestra ley de prenda agraria, es, pues, una verdadera novedad, en el derecho contemporáneo.

Lo es, porque ningún acto económico y jurídico relativo a la agricultura, tiene carácter de acto de comercio, y porque ninguna persona que los ejerce con carácter permanente, está sujeto a ninguna de las obligaciones del comerciante.

Y si se nota que la ley se aplica, según una interpretación excesiva y sólo fundada en la observación más que poco meditada, escapada a un diputado en la consideración del proyecto en una de las Cámaras del Congreso, — opinión personal que la ley no recoge en parte alguna, y sobre la cual no medió votación, — la prenda agraria comprende toda máquina, hasta los automóviles de lujo, y se va así extendiendo por vía de analogías, esta institución excepcional, se comprenderá que debe detenerse esta concepción de la comercialidad del acto, indiferente por sí mismo.

Si objetivamente no es acto de comercio, tampoco lo es subjetivamente para ser legislado como tal, porque cualquier civil puede explotar su campo, cultivarlo, arrendarlo, adquirir y enajenar una máquina, sin que por eso haya de ser comerciante, ni esté limitada la facultad a los comerciantes. El acto que puede ser efectuado entre civiles, es civil, cuando no tiene otro carácter por su naturaleza. Y si la prenda agraria está abierta a toda persona sin distinción ¿por qué ha de ser legislada en el Código de Comercio?

Agréguese que no es indiferente esa solución. Se ha visto que en Italia y en Francia, los bancos y cajas de crédito, los comercios agrícolas, no son comerciales. Y eso que comercian con sus dineros, como puede comerciar cualquier otro banco.

Y es porque las sociedades cooperativas, las asociaciones, las federaciones de sociedades cooperativas rurales, los bancos populares del tipo Schulze-Delitzsch, las cajas de préstamos del tipo Raiffeisen, y cien instituciones semejantes, reposan sobre la asociación de agricultores, de campesinos, que no puede ni debe ser sometida a las formalidades y exigencias de las leyes comerciales. Son asociaciones civiles, entre civiles. Por eso se agitaba la opinión en Italia cuando se creyó que serían desnaturalizadas. Por eso la ley francesa cambió la calificación de las cajas de crédito agrícolas, y eso que se trataba de institutos de préstamo en dinero, es decir, de operaciones bancarias.

Y si se reflexiona que no es el Código de Comercio, sino el civil, el que regla el sistema hipotecario, el prendario, y el de los privilegios; si se piensa en que la regla fundamental de la posesión, o mejor, de la propiedad mueble, constituye una de las piedras angulares de todo el sistema de legislación; si en definitiva el conjunto de instituciones que mueven el crédito en todas sus formas, sea personal, sea real, constituye un complejo que unifica las relaciones y las asigna puesto y preferencias, se comprenderá bien, por qué la materia de los privilegios no debe dispersarse en legislaciones independientes, y, por qué el Código Civil alemán reglamenta la hipoteca naval, y el derecho civil francés lo hace con la de buques y tráfico de navegación fluvial y aérea.

No es posible dejar fuera del Código Civil, la organización de una nueva especie de prenda o de hipoteca, o como quiera llamársele, que puede cualquiera establecer. Es de legislación común a todos y sin embargo de reformar y de abrogar sus disposiciones fundamentales, queda segregada de su sistema. Por eso es que en ningún país, se ha llegado a la conclusión de nuestro artículo 28, ley de prenda agraria.

II.

Se ha producido en varias naciones europeas un movimiento de opinión parlamentaria que se ha extendido contemporáneamente en ellas, sobre la necesidad de fomentar la agricultura. Claro está que se ha visto el remedio de todos sus males, en el uso del crédito.

En Alemania se buscó la solución en el crédito personal. Las cajas Schulze-Delitzsch, Raiffeisen, y las confederaciones de varios tipos, como la de sociedades agrícolas de Haas, la Federación de sociedades de producción y economía, la de sociedades cooperativas, etc. — vincularon a los labradores y obreros de las ciudades, y en ellas obtuvieron crédito, sin necesidad de garantías reales.

Pero en otros países el crédito personal es punto menos que imposible fuera de las grandes firmas. En Francia, Italia, España, sólo por la vía del crédito real se pensó encontrar el remedio. Pero ¿en qué buscarlo? Se creyó que el constituto posesorio daba la solución. Se constituyó al deudor en depositario de sus propios bienes: emitía warrants, letras, garantizados con los muebles, ganados, sembrados, afectados. La prenda existía con esa milagrosa combinación. No era necesaria la desposesión. Bastaba el registro: con eso estaba todo salvado.

La experiencia de los siglos nada enseñaba.

Causa sorpresa la lectura de los fundamentos con que se acredita semejante solución. Se explican los beneficios del crédito. El labrador no necesitará vender inmediatamente sus frutos. Podrá esperar; con la garantía de ellos, obtendrá los adelantos necesarios para pagar sus deudas. Y lo que es más importante, no tendrá que privarse de ellos, ni transportarlos a lugares de depósito. Trabajarán con sus máquinas, y equipo.

Pero, ni una palabra, sobre los fundamentos de la solución jurídica. Las ideas sobre posesión, sobre privación de ella, sólo son antiguallas. El crédito real puede existir con una inscripción.

No es extraño que la reforma haya fracasado, en todas partes. Se modifican las leyes casi cada año, en algunos países: y eso es ya revelador. Los juristas se pronuncian, y declaran que la institución no da resultado. En Francia la primera ley de 1898, según lo dijo en pleno Parlamento el Ministro, no fué sino una decepción. Con reformarla, en 1906, se salvarían los inconvenientes. Poco se ha adelantado (Planiol, 2, número 2710 — Thaller, *Droit commercial*, número 1603. — Planiol, Rippert et Becqué, *Suretés réelles*, I, número 256 — Lyon-Caen et Renault, *Droit commercial*, 3, número 405, a — Valéry, nota en Dalloz, 1910, 2. página 305 — Gide, *Cours d'économie politique*, capítulo Crédito, VI).

Con reformar la ley, todo se arreglará, y en 1925, 1927 y 1928, se presentan y se sancionan proyectos. Pero la institución no marcha. Si hemos de creer a Thaller, “la organización empieza a entrar en la vida práctica gracias a las **cajas locales y regionales de crédito agrícola** dispuestas a tomar a descuento **el papel de sus asociados**.”

Es el camino seguido en Alemania. Pero eso es organizar el crédito y la vigilancia personal. La garantía real ha sido impotente por sí misma. (Watrin et Bouvier, *Code rural*, número 909). En Italia la solución adoptada por su ley de 1887, fué mucho más discreta. No eran los préstamos

que podían fundar prenda agraria, de derecho común. Sólo podían hacerlos las instituciones bancarias de carácter especial, las cajas agrarias, las cooperativas, e institutos semejantes, cuando el Estado los autorizase para esas operaciones, vigiladas directamente por él, y a quienes los bancos, o el Estado, facilitaran capitales, bajo la fiscalización de sus operaciones.

Aún así, las leyes no correspondieron con sus efectos, a las ilusiones parlamentarias. (Bianchi Privilegi, número 448). Y a cada minuto se cambiaron por nuevas leyes las disposiciones: ley de Abril 1922; reglamento de Octubre 1922; decreto-ley de Diciembre 1923, modificado por los de Mayo y Octubre de 1924, y por el de Enero de 1925; Decreto-ley de Julio de 1927; Ley de Julio 5, 1928; Decreto de 29 de Julio de 1928. Es difícil admitir que semejante actividad reformadora corresponda a un estado satisfactorio de éxito. Los juristas italianos de más autoridad, consideran que el sistema de prenda sin entrega, es fundamentalmente equivocado. (Bianchi, Privilegi, número 510).

En Suiza, Huber, el autor del Código, decía — Exposé des motifs, página 661 — que se había desistido de establecer la hipoteca mobiliaria al redactarse el Código de las obligaciones no obstante existir en algunos cantones, “porque la doctrina y la legislación en Alemania y sobre todo en Francia la condenaban”. Creía, sin embargo, que no debían sacrificarse ciertos intereses económicos al peligro de las defraudaciones, y que cada uno debe cuidar de vigilar

sus derechos. Reconocía “el hecho de que la hipoteca mobiliaria favorece el fraude”... pero en esos casos “es el interés del propietario que predomina y no hay por qué preocuparse de los abusos”. “Si se la admite en el derecho civil será necesario que el derecho penal reprima el traspaso de muebles gravados a terceros”.

Sin embargo, de esa opinión, y sin duda por la pobreza de la defensa, el Código suizo, artículo 715, que permite el pacto de reserva de dominio en los muebles, bajo la condición de su inscripción, lo prohibió respecto de los ganados. Y el 885 no autorizó la prenda de ellos, sin transferencia de posesión, pero con inscripción, sino “para garantizar los créditos de establecimientos de crédito y de sociedades cooperativas que han obtenido de la autoridad cantonal competente el derecho de efectuar semejantes operaciones”. Quedaba, pues, prohibido sin esa especial autorización, y sólo permitido a institutos fiscalizados.

En cuanto a la hipoteca de sembrados, ni Huber los había propuesto siquiera — Exposé des motifs, páginas 663/4 — y la ley no la autoriza. — Ver Wieland, I, sobre el artículo 715, y II, sobre el 885.

En Alemania, los § § 1205 y 1253, Código Civil exigen para la constitución de un derecho de prenda el desapoderamiento de la cosa y ese derecho concluye por el solo hecho de entregarla al dueño. “La reserva de continuar el derecho de prenda, es nula.”

Los Motivos, tomo III, página 801 explicaban el significado de los artículos arriba citados, especialmente del § 1253. Se trataba de impedir que por un constituto posesorio, o declaraciones de las partes se pudiera burlar la exigencia esencial del desapoderamiento efectivo del deudor.

Esto no obstante, bajo la presión, no ciertamente de los agrarios que tienen mejores instituciones, sino de los fabricantes de máquinas vendidas a plazos, — máquinas de coser, automóviles, etc., — se ha generalizado la venta fiduciaria, con seguridad de la cosa misma entregada (cum fiducia) que garantiza el precio adeudado. Y con harta sorpresa de los juristas se ha dictado por el Tribunal supremo del Imperio sentencia en la cual se declara que el constituto posesorio no simulado, no es prohibido por la ley. Lo único prohibido es la creación de prenda por constituto. No la venta con garantía de la misma cosa entregada.

Renunciamos a explicar la distinción que los autores del Código desestimaban expresamente, y que tampoco se explican los mayores escritores alemanes. Dernburg y otros, han llegado hasta resignarse y decir que puesto que la costumbre se ha establecido y el Tribunal insiste en su reconocimiento, lo mejor sería modificar la ley, lo que prueba la deficiencia de la tesis jurisprudencial. ¡Hablan algunos de derecho consuetudinario!

Von Tuhr, ha demostrado de manera concluyente la ilegalidad del derecho que declaran las sentencias — *Deutsches bürgerliche Recht*, II, 2, § 77, I, número 3, y III. Y es

tanto más decisiva esa demostración cuanto que el derecho prusiano vigente al sancionarse el nuevo Código Civil — Landrecht, I, título 20, § 271 y siguientes — admitía la constitución de prenda por tradición simbólica, en que la cosa permanecía en poder del dueño. Contra esa institución se pronunciaron enérgicamente los autores del Código según lo hemos dicho, y ninguna duda puede existir sobre el alcance de los textos vigentes.

Y Dernburg, — III, § 263 — que es uno de los que no vería inconveniente en volver al derecho prusiano, dice: “No pocos escritores designan la enajenación en garantía como un expediente para eludir el precepto de que el empeño de cosas muebles depende de la entrega de la posesión al acreedor. **La práctica**, sin embargo, ha reconocido decididamente el valor de la enajenación en seguridad. Aun cuando son **indeseables** actos de esa clase, no pueden, sin embargo, ser evitados en la vida práctica. El Código no ha excluido la enajenación en garantía.”

“Los artículos 1205 y siguientes vinculan, es cierto, la afectación de cosas muebles a la entrega, y no conoce ya más el Código, como el Landrecht prusiano la admitía, la prenda simbólica; eso, no obstante, trata de facilitar la transmisión, y con ello las exigencias de la vida pueden ser efectivamente satisfechas.”

Sin embargo, se trata de un expediente y la operación tolerada es independiente de toda publicidad. No hay registro. Es clandestina. Dernburg, I, § 172, III, había dicho:

“Es una verdadera peste para el crédito general el acto fiduciario por el cual un deudor **enajena y transmite** su haber a un representante para impedir la acción de sus acreedores.” Por eso no quería la Comisión redactora del Código, prenda sin entrega efectiva.

En Alemania nadie defiende directamente la doctrina del Tribunal Supremo. Los que capitulan con ella, como ante un hecho irremediable, piden la reforma del Código, y la hipoteca mobiliaria con registro, por imitación del derecho inglés, de los Bill of sale Act, de 1878 y 1882. Véase: Wolf, Sachenrecht, § 163, d) y notas 14 y 15. — Planck-Broadmann, sobre el § 930, número 5, y el § 1205, 1 b — Staudinger, Vorbemerkungen, Sección IX, título I, Sachenrecht. Puede verse en Cosack y Mitteis, Sachenrecht § § 40, y 93, 4, una defensa del punto de vista de la jurisprudencia prevalente.

En cuanto al derecho inglés: Herbert, Bills of sale, en Halsbury, Laws of England, tomo 3.

Conviene agregar que en el Brasil existe la prenda agraria desde mucho antes de la sanción del Código Civil.

Si hemos de creer las declaraciones expuestas al discutir el punto en la Comisión que estudió el proyecto de Código, la institución ha dado mal resultado. “Con colonias para los baldíos, y cárcel para los bribones, haríamos mejor servicio a este país que con todos cuantos expedientes de crédito pudiéramos consagrar en este Código y en el comercial. **Sunt Lacrymæ rerum**, y es tiempo de volver a la realidad que es terrible.”

“No precisa de peño agrícola, ni de anticresis, como figura distinta de la hipoteca o de la prenda.” Exposición de Coelho Rodríguez (1). Trabajos de la comisión especial de la Cámara de Diputados, volumen V, página 313.

Y Andrade Figueira, decía en la misma (página 291): “La experiencia costó cara. Pero veamos el reverso de la medalla. Tampoco aprovechó la cosa a los bancos, ni a los intermediarios, porque si uno que otro labrador para esquivar la cárcel, o por sentimiento de honra, o porque tuvo recursos, se desempeñó de sus compromisos, no todos tenían medios y el resultado fué que éstos, que tanto decantaron el peño agrícola, son hoy los primeros en desacreditarlo.”

“Hay aquí comisarios de café a quienes hablarles de prenda agraria es lo mismo que fallar no demonio, ou pintar o demonio.” (Risas).

“Ellos imputan este desastre a bribonería de los pobres labradores y dicen que el trabajo de hoy ya no es serio, y el mismo de otra época, etc.”

“Pero el vicio está en el contrato... pues se funda en una base falsa.”

Nadie contradijo la exactitud de esas perentorias afirmaciones de los hechos existentes. Se guardó silencio.

(1) Coelho Rodríguez, era autor de un proyecto de Código Civil, encargado por el gobierno brasileño.

III.

Y ahora, estudiemos la institución bajo el aspecto jurídico.

Nuestra ley, — artículo 1º — desoyendo la experiencia de Francia, en la cual había ya fracasado la prenda agraria libremente establecida con prescindencia de cajas agrícolas, o asociaciones cooperativas, y del juicioso sistema italiano que no la autoriza sino a favor de corporaciones de fiscalización estricta, — permite la afectación libre a favor de cualquier persona, de cosechas futuras, ganados, máquinas de cualquier clase, instrumentos, aperos, etc. Sólo le falta permitir, como la ley española, la prenda de árboles.

En tal condición, ya se comprende lo que iba a suceder.

La ley no exige que la garantía se constituya en favor de créditos que hayan de emplearse en la agricultura, sea para los trabajos, sea para el material. La inversión, y su fiscalización no es condición legal. El crédito agrario no es tal. Es prenda sin desplazamiento la que se constituye para asegurar deudas comunes, anteriores, y futuras, de especulación, de juego.

Y así fué que desde el principio la ley fracasó. Los bancos se echaron sobre sus deudores en mora, con cuentas corrientes en descubierto, y exigieron prendas que se concedieron. La ley sólo servía para perjudicar a los acreedores comunes del deudor común. El privilegio se concedió al más exigente. Es uno de los graves inconvenientes que

en el mundo entero se opone a la prenda por constituto posesorio. Es la peste del crédito general de que hablaba Dernburg.

Pero los bancos no estaban organizados para fiscalizar los actos de los deudores. Se han cometido defraudaciones escandalosas y sistemáticas, que esos institutos padecieron en silencio.

Se concedían — no pequeños créditos a los agricultores modestos, no — grandes créditos por millones. Y se defraudó a los bancos por todos los medios según informaciones autorizadas e insospechables. Un banco particular concedió dos millones a una sola persona con prenda de ganados: — los ganados no existían. El Banco se ha callado. El mismo sujeto adeuda a otro, varios millones, y también este otro, está callado.

Actualmente ningún banco, — salvo uno solo, — opera en prenda agraria. Los particulares tampoco. La ley está muerta, en cuanto a prenda de ganados: sólo se constituye para garantía de cuentas de insolventes.

Se considerará imposible o exagerada la exposición anterior. Ha sido hecha por banqueros, por grandes hacendados, por personas hondamente conocedoras de los casos. Una de ellas nos decía: no conozco una sola operación hecha entre mis relaciones comerciales.

La defraudación se produce de la siguiente manera:

- a) Nadie fiscaliza la existencia del ganado. Se engaña al inspector enviado por el acreedor, presentándole

haciendas que apenas ha dado vuelta la espalda son extraídas. O se le presenta un número inferior, que vuelve a serle exhibido. **No hay medio legal de establecer la identidad;**

- b) Se prenda a distintos acreedores la misma hacienda, callando la existencia de afectación anterior. **No hay medio de acreditar la identidad;**
- c) Se contramarca o contraseña el ganado. Basta con eso para quedar en libertad de enajenar. La ley no fiscaliza, ni embaraza, semejante operación;
- d) El registro es confiado a una clase de empleados. La expedición de guías de extracción, a la autoridad municipal. Generalmente, — se afirma que el hecho es notorio, — se expide la guía sin verificación alguna;
- e) No se fiscaliza la extracción. El ganado es conducido a otra jurisdicción en que se inscriben las marcas y boletas de señales, con o sin contramarca previa. Una misma marca puede registrarse en provincias, y distritos distintos.

Según muy autorizados informes, el estado descripto funciona en este instante.

Cuan distantes las condiciones europeas. ¡Se copia, pero sin discernimiento!

Así. Se ha visto que el Código suizo autoriza la prenda de ganados. Pero: 1º sólo a ciertos establecimientos que se someten a las condiciones de no conceder crédito, sino a cier-

tas entidades corporativas, que no pueden otorgarlo sino a sus socios. Son las cajas rurales francesas. Son las cajas alemanas. Son las cajas agrarias, y los montes "frumentari e nummari", del artículo 13, de la ley italiana de 1928. Los agricultores que las constituyen se conocen entre sí: la responsabilidad común de la entidad obliga a la fiscalización de las operaciones. (1)

2º Pero eso no basta para la legislación suiza.

La inscripción de la prenda, no se realiza ante la indiferencia de la autoridad. No se realiza sino previa la inspección de un funcionario "que verifica en los lugares, antes de firmar la solicitud de inscripción, la existencia, y los signos distintivos del ganado constituido en prenda, inscribe el valor de estimación en dicha requisición, y corrige o completa en ésta las indicaciones inexactas o insuficientes. (Artículo 10, de la Ordenanza federal Suiza de 1917, sobre prenda de ganado).

3º "Cada animal constituido en prenda es inscrito en el registro con indicación de su especie, su sexo, y sus signos distintivos, raza, edad, pelo, estimación, y otras calificaciones individuales)" (Artículo 11, de la misma). Toda modificación en la inscripción, o la sustitución de cada animal debe ser anotada, previa inspección del funcionario respectivo. (Artículos 14 y 15).

(1) Bianchi: Privilegi, números 452/6.

Bien se ve la enorme diferencia. El ganado no es prendado en masas. No es designado por una marca. Es individualmente identificado. La prenda es de cosas ciertas. No hay prenda de cosas inciertas, de cantidades que constan "de número, peso, o medida".

Por eso hay prenda. La afectación de cosas indeterminadas es un contrasentido jurídico. Las defraudaciones son necesariamente inevitables con el sistema. En Europa no se conoce — en toda ella, — sino la prenda de animales cuya individualidad conoce el registro, y conoce el vecindario entero.

Por eso es que el sistema ha fracasado también allí, cuando se refiere a cosas que no pueden ser identificadas; el vino, los granos, los productos agrícolas y rurales de toda suerte. ¿Cómo distinguir, si esta pieza de vino es de la partida inscrita o del viñedo afectado? ¿Cómo conocer que este trigo es el del sembrado prendado? El poseedor los vende cuando quiere, o los remite a un depósito que le expide warrants, y no se puede impedirlo. Los terceros adquieren legítimamente derechos, porque el registro nada puede revelarles sobre la identidad del producto.

Todos los casos que los Tribunales franceses han juzgado, constituyen abusos de confianza, sea en daño de un comprador de productos que ha hecho adelantos sobre ellos. y luego se han prendado a otro, sea, a la inversa, vendiendo como libres, productos prendados. La reivindicación, o la acción reipersecutoria no son posibles sino en caso de robo

o pérdida, y el abuso de confianza no se asimila al robo: artículo 2766, Código Civil.

La represión penal con que nuestra ley, copiando a sus modelos, cree impedir la realización de la prenda, es un medio singular de previsión que demuestra la impotencia de la afectación misma. En todas partes, en Francia, en Italia, entre nosotros, ha fracasado: por lo menos en las grandes defraudaciones. *¡Sunt lacrimæ rerum*, decía Coelho Rodríguez!

El registro nada asegura. ¿Qué significa anotar que tantas hectáreas de sembrado, o de viña, o tantas cabezas de ganado están prendadas? Con decir, que el vino, el trigo, el ganado vendido, no están incluidos en el lote, y tanto puede ser verdad como no serlo, el punto se convierte en una excusa suficiente pues nadie fiscaliza la existencia. ¿Qué puede saber el tercero? ¿Qué tiene que hacer con el producto recibido en el mercado lejano, en los graneros, en la estación, con las guías, y papeles que acreditan regularmente el envío? ¿Hay que preguntar al Registro? ¿Y qué se adelantará en cuanto a la identidad?

Y con esto hemos tocado a otro punto que los escritores han considerado insalvable, especialmente Valery, en su magistral nota, arriba citada.

Si, volviendo al punto, se contesta que no basta el envío, correcto, autorizado por las guías, por los consignatarios, por el propietario, y hay que requerir informe al Registro, para que exista buena fe en el adquirente, **se ha creado**

un obstáculo formidable al comercio. Nadie querrá contratar, sin formalidades, sin pérdidas considerables de tiempo, sin riesgos graves. Sólo comprarán los usureros. La primera víctima será el labrador de buena fe, que tendrá que entrar en justificativos interminables. Por eso es que la prenda agraria **no autoriza reipersecución**. Es un simple privilegio y nada más. (Planiol, Ripert, y Becqué, número 285; Bianchi, número 511).

Por eso es, todavía, que el Código suizo no autoriza la prenda de cosechas y sembrados.

“En eso consiste, decía Bianchi, número 510, a nuestro parecer el defecto fundamental de la ley, es éste el tendón de Aquiles del sistema decantado con términos magnielocuentes por el ministro que lo propuso, sistema manifestado por la práctica como totalmente inadecuado para su objeto.

“El deudor conserva por la naturaleza misma de las cosas, la facultad de disponer tanto de los frutos, y las especies, como de los objetos vivos o muertos del privilegio: el derecho real no subsiste sobre las cosas en su física individualidad sino sobre la especie de las cosas vinculadas y se hace efectivo sobre las que se encuentran en el fundo en el momento en que el privilegio se ejercita.

“Si, por consiguiente, el deudor es honesto y de buena fe, y sustituye con tantas cosas de igual valor las que enajena en virtud del derecho de disponer que no puede serle fiscalizado, el instituto acreedor no pierde su **garantía**; pero sí, en cambio, es deshonesto y de mala fe y despoja el fundo

de su dotación, disponiendo del precio, el crédito del acreedor está irreparablemente comprometido.

“Es esta la razón principal por la cual el crédito agrario no ha tenido el desenvolvimiento que se prometía el ministro proponente; es esta la razón por la cual las cédulas agrarias no pueden tener en el mercado financiero una cotización bastante elevada para hacer posible su emisión”.

—————No es solamente ilusorio el sistema para los que creen garantizar sus créditos por su medio. Es perjudicial para el deudor, a quien se quiere favorecer con el nuevo instituto.

Le priva de crédito.

1º En Francia, es costumbre firme, la de que los propietarios de viñedos, venden su futura cosecha, y reciben adelantos de precio. Se ha sentenciado que tiene preferencia sobre ellos el acreedor que ha constituido prenda posteriormente.

El resultado ha sido que los compradores se abstienen de hacer adelantos. (Valery, nota citada).

Entre nosotros, es también costumbre arraigada y uniforme, que los consignatarios de frutos, hacen adelantos sobre la futura cosecha de lanas, trigos, y sobre los envíos de ganados, pieles, etc.

Ante la posibilidad de una constitución eventual de prenda, esos adelantos cesan. El deudor no puede ya tratar, — por la sola posibilidad del hecho — de obtener crédito, sino por la vía de la afectación prendaria.

2º La ley — artículo 19 — concede privilegio al prendario, sobre los obreros y sobre los que suministran semillas, máquinas, y efectos para la siembra, y recolección de los frutos.

Si es así, el agricultor no obtiene crédito por esos conceptos. Debe pagar al contado, sueldos y jornales, máquinas y utensilios. Y hasta, quizás, pagar por adelantado, la trilla, y otros suministros.

3º El propietario locador no tiene privilegio por el arrendamiento a partir de la constitución de prenda.

Dejaremos de lado las razones expuestas en la Cámara de Diputados para justificar la decisión.

Pero decimos, que es el primer suministrador de crédito, y de crédito barato. Si se pierde la cosecha o es insuficiente, espera la próxima para cobrarse. Si se le despoja de su privilegio — al fin fundado en su cooperación, pues suministra el fundo, es decir el elemento capital de la producción — en favor de un prestamista avisado, se negará a conceder plazo alguno, exigirá pago adelantado inexorable... o prenda agrícola.

No parece que haya ganado mucho el arrendatario.

No armoniza tanta hostilidad, con la situación que al mismo propietario, reconoce la ley, en caso de aparcería. Es una forma de arrendamiento. Sin embargo, la ley no permite afectar en prenda sino la parte de frutos que corresponde al granjero. Tiene, pues, su privilegio indemne el

propietario. ¿Por qué lo pierde cuando el precio es en dinero?

Puede verse sobre estos asuntos la nota de Valery a que nos hemos referido anteriormente.

No continuaremos esta exposición. La prenda sin desplazamiento sobre cosas presentes o futuras, no identificables, o individualizadas, es un concepto ilusorio, que no ha correspondido a las esperanzas de espíritus generosos, poco informados de las condiciones jurídicas immanentes que la experiencia de los siglos, — como lo decía Valery — ha venido forjando, y no pueden alterarse con disposiciones improvisadas.

No hay crédito agrícola, decía Say: hay solamente crédito. Y no es por la vía de las afectaciones reales, que puede fundarse una categoría especial de él. Alemania, con su acertada organización del crédito personal por vía de la asociación de agricultores, ha enseñado a Francia, y a Italia, — y debemos esperar que a nosotros también, — que son los agricultores mismos los que deben vincularse a fin de obtener crédito, según sus condiciones de honestidad, trabajo, y ahorro, y de vigilar el empleo de las sumas prestadas en la explotación rural misma. El conocimiento recíproco de los convecinos, la inspección y vigilancia constante de los actos, son la condición necesaria del crédito, y eso, diría Say, no es crédito agrario, ni crédito real: es crédito.

IV.

Proyectamos, por consecuencia de esas ideas, la abrogación total de la ley de prenda agraria. Las leyes especiales que todavía están por dictarse organizarán los mecanismos fundamentales del crédito a las explotaciones rurales. El Código no puede hacerlo y debe abstenerse de proyectar una clase de prenda que no puede existir, ni existe, sin los órganos que han de impedir los abusos actuales. La prenda genérica es un contrasentido jurídico. No hay prenda posible, como no hay hipoteca sobre cosas indeterminadas, porque sólo las cosas que tienen individualidad, las cosas ciertas, pueden ser objeto de derechos reales. Se puede ser dueño de las cosas encerradas en un granero, porque en él están determinadas. No se puede gravarlas si las llaves las tiene el deudor, porque no pueden ser reiperseguidas, es decir identificadas, sin trastornar la seguridad de las transacciones. La regla de que los muebles no admiten hipoteca, no es arbitraria: es la garantía de la buena fe, de la seguridad en las transacciones que los siglos han venido enseñando y que no puede ser repudiada en virtud de vanas especulaciones.

Solo es posible la prenda sin desplazamiento respecto de máquinas, porque puede organizarse un sistema de transmisión, afectación, y registro, individual, sin que con ello, se perjudique la seguridad de las transacciones honestas.

También podría concebirse la afectación de ganados de pedigree, si se partiera de una organización que permitiera determinarlos idénticamente. No la proyectamos, aunque la

insinuamos, porque hay que crear íntegro el mecanismo legal, de su identificación, que hoy no existe, ni siquiera esbozado. Y esa no es tarea del Código Civil.

La afectación de máquinas funciona de hecho, por una aplicación más que extensiva, excesiva, de la ley de prenda agraria.

No hay inconveniente en autorizarla, en cuanto a las que conservan su carácter de cosas muebles, porque las máquinas pueden ser adquiridas y matriculadas bajo indicaciones que las individualizan: tipo, clase, nombre del fabricante, número de construcción, y esto, con enunciaciones que constan de la construcción misma.

En cuanto a las locomóviles, no puede haber dificultad.

Respecto de las fijas, hay que distinguir.

Las que el propietario incorpora al bien, forman parte del inmueble. Y no por una razón de circunstancias. Por razones fundamentales.

Admitir que haya en ellas afectación que es independiente de la ya constituida, o de la condición del inmueble, es conspirar contra una regla no arbitraria, sino capital. Las usinas, el buque, el teatro, construido, instalado, para una explotación económica dada, no pueden jurídicamente ser concebidos como constituidas las construcciones y las instalaciones con existencia independiente. Las máquinas sirven para explotar el bien. Sin él, no funcionan. La cons-

trucción queda económicamente destruida sin las máquinas, puesto que no admite explotación. El ingenio de azúcar, el buque, la fábrica, es una unidad: su separación en fracciones, es la destrucción de esa unidad industrial. No puede, por consiguiente, afectarse en hipoteca, o en prenda, cada parte por separado, porque esas afectaciones constituyen un derecho a una enajenación futura.

No es, pues, solamente en presencia de un acreedor hipotecario, sino en toda hipótesis, — por ejemplo, en la de concurso — que la inmovilización por accesión debe mantenerse. Las máquinas fijas, no pueden afectarse individualmente y sin el inmueble en que han sido instaladas.

Pero, en cuanto la accesión existe. Si, por consiguiente, un locatario, un usuario, un usufructuario, han introducido máquinas, la accesión no se produce. Y por eso es que la afectación especial es posible.

En el parlamento francés se modificó la ley de 1898, autorizando al propietario a afectar los accesorios que introdujera, por separado, porque, se dijo, no podía encontrarse en peor condición que un locatario.

¡Con ese dominio de las cuestiones, se sancionan las leyes!

Se ha criticado la denominación, ya generalizada por las leyes francesa, italiana, suiza, española, brasileña, chilena, etc., y que la nuestra emplea, de prenda a la llamada

agraria, sin desplazamiento, o bajo registro. Se ha dicho que precisamente porque no hay desapoderamiento, no es prenda, sino hipoteca. Se llega hasta calificar de imposibilidad jurídica, la designación.

No es, en nuestro sentir, justificada la crítica, ni aun en la extensión de aquellas leyes, porque la hipoteca es caracterizada esencialmente por la afectación real, y por consecuencia por la existencia de ella en poder de cualquier poseedor posterior. Hay reipersecución. (Véase bajo otro aspecto la nota de Bourcar, en Sirey, 1917, 2, página 249). Nadie discute que no la hay en el caso de prenda agrícola: sólo constituye privilegio. ¿Qué clase de hipoteca sería, entonces?

Pero aun con el derecho de reipersecución que indirectamente resulta de la falta de buena fe en el adquirente determinada por su gruesa negligencia o culpa, siempre es cierto que debe quedar regida subsidiariamente por las reglas de la prenda, por la fuerza de los hechos mismos, porque se trata de cosas que se transportan y pueden encontrarse en situaciones jurídicas dadas frente a otras personas, que no son las situaciones de los inmuebles.

Dejamos la denominación generalizada, que está en la índole de nuestro idioma. El *pignus* latino, el peño de las leyes españolas, el empeño del lenguaje corriente, cubren tanto al que se refiere a cosas entregadas, como a las cosas retenidas.

Se sustituyen los artículos 1 a 24 de la ley 9644, sobre prenda agraria por los del presente título. Se deroga el artículo 28 de la misma, en cuanto se refiere a la incorporación de aquellos al Código de comercio.

Art. 1. — No pueden afectarse en garantía de créditos, las cosas muebles sino se entregan efectivamente al acreedor, o a terceros en el caso del artículo 3207.

Se exceptúan las máquinas locomóviles, que pueden quedar en poder del deudor, bajo la condición de ser inscrito el contrato en el Registro respectivo.

Art. 2. — También pueden afectarse las máquinas fijas, bajo la misma condición, cuando pertenecen a arrendatarios, usuarios, o usufructuarios, con excepción de las que hubieran introducido a un inmueble en ejecución de los contratos constitutivos de su derecho.

Arts. 1. y 2. — La experiencia del derecho alemán en que no obstante las claras disposiciones del Código Civil, sus tribunales han creído que no prohibían la afectación en garantía, por la vía del constituto posesorio, o de la enajenación fiduciaria, aconsejan la redacción propuesta. Es, por otra parte, lo que resulta de nuestros artículos vigentes, 1374, 1376, 1380, 2378, 2412/3, 2502, 3204/5, 3206/7, que ya serían suficientes por sí mismos. Pero nuestro artículo, deroga, además, todo lo establecido por la ley de prenda agrícola, con excepción de la prenda sobre máquinas de agricultura, y sobre máquinas de otra especie que arbitrariamente, se consideran incorporadas en la ley actual.

Art. 3. — En ambos casos, las máquinas deberán ser individualizadas por su clase, nombre del fabricante, lugar y número de fabricación. No será válida la afectación cuando esos datos no resulten, incorporados, de la máquina misma.

Art. 4. — Son aplicables a la prenda por registro las disposiciones de la prenda ordinaria. El acreedor goza del mismo privilegio que a ésta reconoce, como si tuviera la cosa bajo su poder.

Todas las máquinas agrícolas, o de otra aplicación, pueden ser individualizadas y matriculadas en el Registro, y no hay por consiguiente inconveniente en que a pesar de ser muebles, sean puestas en una situación particular en cuanto a su afectación.

Las que no son locomóviles, quedan en la condición de inmuebles por su acesión. Cuando esta acesión no se produce, pueden ser objeto de pignoración independiente.

Art. 4. — Todas las disposiciones generales de la prenda se aplican a la particular especie de la hecha bajo registro, con excepción de las relativas a la entrega y derivadas de ella. Así las referentes a la constitución, determinación de las cantidades aseguradas, derecho de retención respecto de otras deudas (artículo 3218 y siguientes), efectos de la in-ejecución, prohibiciones de ciertos pactos, etc., todas se aplican a la prenda registrada. Por eso decíamos que no se trata de hipoteca. Y lo mismo en cuanto a privilegio.

Art. 5. — Si la máquina prendada estuviera comprendida entre los objetos introducidos en un inmueble cuyo alquiler se debiese en los términos prevenidos por el artículo 3, inciso 8, título XVI, Sección 2, Libro 2 (proyectado) el locador tendrá preferencia sobre el valor de la máquina que correspondiese por la parte proporcional de su crédito, en relación del de los demás objetos introducidos. El privilegio del locador en tal caso sólo podrá ejercitarse sobre el importe del alquiler de un año, y no sobre otras deudas derivadas de la locación.

Art. 5. — La prenda ordinaria se encuentra sometida al privilegio del locador del acreedor prendario, pero no del locador del deudor. Es claro que continuando en poder de éste, la cosa registrada, se halla el locador en el caso general de su privilegio, que comprende hasta las cosas ajenas, y esta no lo es.

Pero sólo en la proporción que le corresponde en el valor general de todas las que cubre el privilegio locativo.

Así como en la hipoteca se limita la preferencia respecto de los impuestos e intereses del crédito, frente a otros acreedores, a un término dado, así, nos parece que existe análoga razón para limitar, en frente del prendario, el privilegio del locador. Así lo decide, además, el § 563, Código alemán, que limita a un año la preferencia cuando hay acreedores concurrentes, no obstante reconocerlo, § 559, por mayor tiempo, en otros casos. Ciertamente, sin embargo, que en los arrendamientos rurales, § 585, esa limitación desaparece.

TITULO XVI

De la anticresis *

* Conservamos la anticresis con el carácter que le ha dado nuestro Código de un derecho real sobre inmuebles.

Se ha extendido en diversos países la opinión de que la anticresis es una institución inútil. Los autores del Código alemán la llamaron, una institución muerta. Y algunos escritores franceses han dicho de ella que no era un contrato de pueblo civilizado. (1).

Lo mismo se dijo de la prenda que se calificaba de instrumento de la usura ruin: hoy es el principal instrumento de crédito real para la poderosa industria y la banca moderna. Las manufacturas, no podrían existir sin ella.

Se dice que la hipoteca es un medio más fácil y natural para que el propietario obtenga las sumas que necesita. Sólo el que ya tiene sus propiedades cargadas de gravámenes recurre a la anticresis. Es instrumento de simulaciones para defraudar a los acreedores. Es instrumento de la usura subalterna.

(1) Véase el admirable prefacio de Troplong, a su *Traité du nantissement*. Parece haber inspirado los *Motive III*, página 628 y siguientes, tan análogas son las consideraciones expuestas.

Porque era inútil frente a las facilidades de la hipoteca, y porque — repitiendo a Troplong — era una institución muerta, suprimió el Código alemán, la anticresis, como derecho real.

Pero, apenas, se había sancionado el Código, la institución declarada muerta e inútil tomaba un vuelo sorprendente.

La anticresis subsistía como relación contractual, y con efectos personales. Las necesidades del crédito exigieron que tomara carácter real. Se había producido un fuerte movimiento de construcción de edificios en las ciudades, por el gran desarrollo industrial que aumentaba su población. Y se necesitaban capitales que los bancos suministraban a los pequeños constructores. La anticresis resultaba el medio apropiado y muy superior a la hipoteca para obtenerlos. Y por la vía de la constitución de usufructo sobre el inmueble en construcción, se obtuvo la restauración de la anticresis. Tenía un inconveniente: era vitalicio. Para los bancos, — sociedades anónimas, — no existía. Y los bancos eran los grandes suministradores de capital.

Y esto que pasó en Alemania, se repitió en Francia, según el testimonio de escritores adversos a la anticresis, por inútil, y por ser medio de simulación. (1).

(1) Motive, III, página 630, c). Staudinger, Sachenrecht, II, sobre el § 1030, IV, y Observaciones preliminares (Vorbemerkungen) a la VIII Sección, VIII. — Dernburg, Sachenrecht, § 234, II. — Planiol, II número 2506.

Era, ciertamente, una demostración de la equivocada interpretación de las necesidades del crédito, que la ley había hecho. Y si bien se mira, no podía ser de otro modo. Porque la libertad de contratar dejaba libre a la anticresis de constituirse en institución con su carácter negado de derecho real. A menos de prohibirse el usufructo, los bancos restaurarían la relación proscrita. Y si la restauraron, con ello demostraron que no estaba muerta, que la vida de los negocios la mantenía en su plena actividad. Por último, no era la anticresis, como no era la prenda, el instrumento de la usura subalterna y ruin.

Se habla de simulación. Pero no es ese un peligro exclusivo de la anticresis; lo es también de la hipoteca, la prenda, la venta, el arrendamiento. Lo es de todas las instituciones jurídicas: de los procedimientos, de la prueba. La simulación es el resultado de la falta de probidad y esta no se suprime con leyes. Es olvidar la historia de la anticresis, hacer semejante observación. La venta con pacto de retroventa, seguida de arrendamiento, era la forma que tomaba la anticresis antes de las leyes que autorizaron pactar intereses. Y si no se prohíben todos los contratos más usuales y legítimos, volverá la anticresis, si se necesita de ella por la vida de los negocios, como derecho personal, y como derecho real, tal como ha vuelto en Alemania. Es preferible legislarla. Es absurdo, proscribirla. Precisamente en ese país, ha sido usada por los acreedores hipotecarios para evitar las simulaciones fraudulentas de sus deudores, que aparecían otor-

Art. 1. — En substitución de los artículos 3239, 3246, 3247 y 3248, se reproduce el primero, y se pondrá en segundo párrafo separado, lo siguiente: Debe rendir cuenta al deudor. Puede convenirse en que el acreedor recibirá los frutos en todo o en parte, en vez de intereses, sea cual sea su importe, y aunque ninguno se obtuviera.

Art. 2. — Se substituyen los artículos 3240, 3241 y 3242, por el siguiente:

gando contratos de toda suerte, para disponer aparentemente de sus rentas, y sustraerlas a la acción hipotecaria. Desgraciadamente, entre nosotros, el artículo 3256 podría tener frecuente aplicación.

Art. 1. — El agregado aclara la disposición del segundo período del artículo 3246, que, por otra parte, no importa otra cosa. Ha de notarse que es una ventaja para el deudor, pues lo libera de intereses en caso de malas cosechas, o de otros eventos que malogren la percepción de una renta líquida. Y tampoco es inconveniente para él, que el acreedor aumente con sus capitales o industria la producción del bien, con lo que aleja la exigibilidad de la deuda que no puede servir con la producción actual. Es, precisamente, ese el objeto principal del anticresis.

Art. 2. — Examinando los autores del Código alemán, la condición de la anticresis en las legislaciones locales existentes, decían que para entrar en el sistema general de los derechos reales, debía someterse a su principio fundamental.

La anticresis solo puede ser constituída por contrato. No hay anticresis judicial. Puede ser constituída por el propietario y por el usufructuario que tengan capacidad de disponer.

los derechos reales deben nacer de la inscripción misma. No hay derechos reales entre partes, constituídos por ellos, que no existen en relación de terceros.

La entrega de hecho no puede engendrar los efectos que atribuye nuestro Código, — artículo 3254 — contra terceros acreedores quirografarios, o hipotecarios, y adquirentes del bien por la misma razón que ningún otro derecho real queda constituído por la voluntad de los contratantes seguida de la tradición. O es verdad esto para la anticresis, o no lo es para derecho alguno. El artículo 3240, se comprende en la legislación francesa que admite la propiedad por efecto de los contratos, y distingue entre propiedad entre partes, y propiedad respecto de terceros. Pero, aún en ella, la constitución de anticresis está sometida a la transcripción para que pueda oponerse a extraños.

La posesión es la ejecución de la convención y nada más. Es, por sí, un hecho de diverso significado. El arrendatario también la tiene, como el comodatario. De ella no deriva derecho real. Es, pues, un hecho equívoco que en el estado actual de las relaciones económicas, nada hace público, para que los acreedores sepan cual es el estado efectivo del bien que está en el patrimonio del deudor.

Debe ser constituída por escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad.

Agregamos que si hay razones para hacer que el usufructo, y el uso y la habitación, deben ser constituídos, pena de nulidad, por escritura pública, — artículo 1184, 1º, — todas se aplican a la anticresis. Esto, en el estado actual de la legislación vigente.

Nuestro proyecto no admite derechos reales constituídos sin la inscripción. No hay sistema hipotecario posible, si pueden existir sin ella por efecto de convenciones hechas o constantes por instrumentos privados aunque tengan fecha cierta, que queden ocultos entre las partes.

Véase: Motive, III, página 629. Se demuestra en ellos que el sistema de nuestro Código es la negación de la anticresis desde que dependería del propietario burlarlo enajenando, o hipotecando el bien a favor de terceros contra quienes no podría oponerse por falta de inscripción. (1).

(1) El argumento está expuesto en la nota al artículo 3254, para sacar la conclusión contraria, es decir, que con la posesión, puede oponerse la anticresis a los adquirentes posteriores. Es tomado de Aubry y Rau, § 438, nota 9, sin advertir, que, como en ella lo dicen, se trata de anticresis sometida a la transcripción. Laurent, a su vez, repite la frase, para sacar la conclusión opuesta a la del artículo: no puede oponerse la anticresis a los terceros. Véase tomo 28, número 578.

La anticresis constituida por el usufructuario termina con el usufructo.

Se suprimen los artículos 3243 y 3244.

Art. 3. — Se reproduce el artículo 3245.

Art. 4. — Se reproduce el artículo 3249.

Se suprime el artículo 3250.

Art. 5. — Se reproduce el artículo 3251.

Art. 6. — Se reproducen los artículos 3252 y 3253. Este se pondrá como segundo párrafo separado.

Art. 7. — En sustitución del artículo 3254:

El acreedor anticresista sólo puede hacer valer sus derechos contra los acreedores quirografarios, y contra los ter-

“Se podría, — concluyen los Motivos, — hacer depender la constitución de la anticresis, de la inscripción en el Registro. Es este el punto de vista del derecho prusiano y el mecklenburgués. Es el que este Código hubiera debido seguir si hubiera conservado a la anticresis real, un lugar en su sistema”. Véase también, Laurent, 28, número 578.

—————Se suprime el artículo 3244, porque la constitución de derechos reales, no es acto de administración.

El artículo 3243, debe ser considerado en el sistema de la sociedad conyugal con las distinciones necesarias, que no son procedentes en el presente título.

Art. 7. — Nuestro artículo es más asertivo que el actual 3254, porque resuelve la situación respecto de los adquirentes, y acreedores hipotecarios anteriores. La anticresis no es

ceros adquirentes del inmueble, y acreedores hipotecarios que hubieran constituido sus derechos después de inscrita la anticresis.

Se agregará en segundo párrafo el artículo 3255, modificado así:

El anticresista no tiene privilegio sobre el precio de venta del inmueble.

Le pertenecen, aun en el caso de hipoteca constituida anteriormente, los frutos percibidos hasta el día en que el hipotecario embargó el inmueble.

un acto de simple administración que el propietario ha podido realizar aún constituida una hipoteca: artículo 3157. No se encuentra en el caso de la locación. El acreedor ha debido conocer la existencia de los derechos anteriores inscritos.

Rectificamos además la redacción del artículo 3255. No se trata solamente en él de que no existe privilegio sobre el precio de venta cuando es solicitada por el anticresista. No existe en caso alguno, a título de anticresista.

Tampoco se trata de que no tenga el privilegio de prenda sobre el precio de venta. La jurisprudencia francesa ha venido recientemente declarando un privilegio sólo deducido del carácter del derecho de anticresis. Aunque los escritores, a una, critican semejante decisión de un privilegio sin ley, evitamos la reproducción de igual tentativa. No tiene el anticresista el privilegio de prenda, como dice el artículo. No tiene ninguno.

Art. 8. — Se reproduce el artículo 3256.

Art. 9. — Se reproduce el artículo 3257.

Art. 10. — Se reproduce el artículo 3258.

Se agregará al final.

Sobre los frutos percibidos antes de la acción del acreedor hipotecario anterior: Pont, *Petits contrats*, 2^a, número 1274. — Baudry et Loynes, *Du nantissement*, I, número 204.

Art. 10. — Hemos suprimido el artículo 3250, y aquí adoptamos la solución opuesta.

La del artículo citado es tomada de Aubry y Rau, que ciertamente, está lejos de ser aceptada por la doctrina francesa. Pont, por ejemplo, *Petits contrats*, II, número 1240. se manifiesta con un singular raciocinio, sobre el punto: “No debe hacer mejoras sino con una prudente reserva y de modo de no hacer demasiado onerosa la obligación de éste de reembolsar sus gastos. En caso de exceso, el Juez puede limitar la obligación del deudor, y por ejemplo, imponerle el reembolso de **una parte del mayor valor**, dejando el excedente del gasto a cargo del acreedor.”

Si algo se deduce de semejante raciocinio, es que no tiene derecho el acreedor al mayor valor, pues, no se ve como podría el Juez privarle de una parte cualquiera de él.

Laurent, 28, número 550, ha demostrado vigorosamente el error de semejantes conclusiones, que ya se podía comprender por el embarazo de los raciocinios invocados. Ni el usufructuario, ni el locatario, tienen en nuestro Código de-

No puede cobrar las mejoras útiles, aunque hubieran acrecido el valor del inmueble.

recho para hacer gastos a su arbitrio con el dinero ajeno. No hay buena fe en semejante conducta. El deudor cuya situación de fortuna, ya queda definida por el hecho de entregar en anticresis sus bienes, para que los explote un acreedor, debe ser consultado antes de gastar nuevos dineros que acrecen su deuda. Lo que ha dado en posesión, es un bien en determinada condición. Sobre él, y en su estado actual, se ha contratado. Y ha sido aceptado en ese estado: con arreglo a él deben ser fijadas las relaciones jurídicas. Es esa la base fundamental de la convención. No es justo que se alteren, después, por actos que no se le consultan, las situaciones establecidas.

No se hable de enriquecimiento indebido. Sólo existe cuando de buena fe una persona ha creído que existía una situación de derecho que le autorizaba a efectuar un hecho, o explotar de una manera dependiente solo de él, un bien en el que creía tener derechos. El anticresista no está en ese caso. Como el usufructuario, el locatario, el comodatario, sabe que no es suyo lo que se le ha entregado, y también que no se le ha dado la posesión para que haga modificaciones arbitrarias en las cosas, sino para que se cobre lo que se le debe en el momento de la entrega. Mal puede aumentar esa deuda efectuando transformaciones no autorizadas, so color de que aumentan el valor por inversiones que el deudor no

Art. 11. — Se reproducen los artículos 3259 y 3260. Este se pondrá como segundo párrafo separado.

Art. 12. — Se reproduce el artículo 3261. Se suprime

habría efectuado, porque no lo puede, y que posponen la recuperación del bien.

Art. 12. — El Código, siguiendo a Duranton y a Troplong, resuelve que la constitución de una nueva deuda de vencimiento anterior a la generadora de la anticresis, autoriza la prolongación del derecho de retención, característico de ésta.

Esa solución, es la de los artículos 1888, Código italiano y del 1886, Código español.

Apenas se da como fundamento que existen las mismas razones que para disponerlo en la prenda, y que así era en derecho romano. No se entra en la demostración directa de la solución: Ver Troplong, Du nantissement, número 549.

Esa opinión no ha sido aceptada por la mayoría de los escritores franceses, que adoptan sin vacilar la opuesta.

Carece de objeto analizarla. Baste decir que es incompatible con el sistema de publicidad de los derechos reales sobre inmuebles.

La falta de identidad con la situación de la prenda, resulta de esa circunstancia. En las cosas muebles no hay acciones reipersecutorias: posesión equivale a título. Puede, por consiguiente, comprenderse que se interprete la constitución tácita, no precisamente de una prenda, pero sí

todo el segundo período, desde donde dice: "Pero si el deudor después de haber constituido etc."

Art. 13. — La constitución de anticresis por un tercero no deudor, le atribuye las excepciones y derechos de un fiador.

de la continuación de su retención, hasta el pago de una nueva deuda, sin privilegio alguno.

En cambio en los inmuebles, ni la anticresis, ni otro derecho real alguno, se prolonga tácitamente. Debe publicarse para qué y sobre qué se ha constituido; en garantía de qué y porqué crédito existe. Los actos posteriores, tácitos, por consiguiente, ocultos, no pueden oponerse a los adquirentes posteriores de derechos sobre el inmueble. Agréguese que en la prenda, el derecho de retención tácito, no confiere privilegio.

En la anticresis por la fuerza de las cosas lo crearía, desde que se continuaría percibiendo los frutos o rentas hasta la extinción de la nueva deuda, lo que es más que un privilegio que debe sustraer esas rentas a la acción de los acreedores restantes.

Por eso suprimimos esa prolongación tácita de los efectos de la anticresis.

NOTA. — En todo el libro III, hemos venido refiriendo la constitución y extinción de los derechos reales que hemos

considerado deber someter a un régimen de publicidad, a la existencia de un Registro.

No es indiferente el sistema de su organización. Al contrario, es fundamental, pues de él depende su eficacia, y la garantía de que protegerá los opuestos derechos que están en juego.

Para medir, por consiguiente, el alcance de las disposiciones particulares proyectadas, es menester conocer las referentes al Registro.

Pero éste debe comprender, tanto el de los derechos reales sometidos a ese régimen, como el de las transmisiones hereditarias, y por disposición testamentaria, así como la de ciertos derechos personales, y todas las condiciones modificativas de la capacidad de las personas, sea en sus efectos generales, sea respecto de las restricciones especiales que ha experimentado por resolución judicial. Por fin, la constitución de personas ideales, la existencia de representaciones necesarias, y la derivada de mandatos, albaceazgos, etc., determinan la necesidad de establecer un sistema general de Registro que se extiende al campo entero de las relaciones civiles.

El título en que trataremos de realizarlo, y que reputamos el más difícil de nuestra tarea, tiene su lugar natural: es el último de este proyecto, complementario del Código. En él se encerrarán todas las instituciones reglamentadas en los distintos Libros de él, y sus bases determinarán las condiciones y efectos del Registro.

INDICE

LIBRO III

DE LOS DERECHOS REALES

TITULO I

De las cosas en relación de las personas	5
--	---

TITULO II

De la posesión	37
----------------------	----

Capítulo I De la adquisición y pérdida de la posesión	64
---	----

„ II De las obligaciones y derechos inherentes a la posesión	81
--	----

„ III De las defensas y las acciones posesorias	86
---	----

TITULO III

De los derechos reales	120
------------------------------	-----

§ 1 Disposiciones generales respecto de los derechos sobre inmuebles	122
--	-----

TITULO IV

De la propiedad de cosas	169
--------------------------------	-----

Capítulo I De la adquisición y pérdida de la propiedad sobre inmuebles	192
„ „ § 1	192
„ „ § 2 Del aluvión y la avulsión	201
„ „ § 3 De la edificación y plantación ..	211
„ II De la adquisición y pérdida de la propiedad de cosas muebles	218
„ „ § 1 De la apropiación	218
„ „ § 2 De la especificación y la adjunción	226
„ „ § 3 De la adquisición de los productos de las cosas	233
„ „ § 4 De la adquisición por tradición ..	238
„ „ § 5 De la propiedad de ganados y máquinas locomóviles	250

TITULO V

De las restricciones y límites del dominio	262
Capítulo I De la demarcación de los inmuebles ..	275

TITULO VI

Del condominio	295
Capítulo I De la administración de la cosa común	304
„ II De la indivisión forzosa	305
„ III Del condominio de los muros, cercas y fosos	306

TITULO VII

De las acciones reales	319
§ 1 De la acción confesoria	371
§ 2 De la acción negatoria	371

TITULO VIII

Del usufructo	373
Capítulo 1 Del usufructo de cosas	373
„ „ § 1 De los derechos y obligaciones del usufructuario de cosas	385
„ „ § 2 De los derechos y obligaciones del nudo propietario de cosas	419
„ „ § 3 De la extinción del usufructo de cosas	421
„ II Del usufructo de derechos	427
„ III Del usufructo sobre un patrimonio ...	435

TITULO IX

Del uso y de la habitación	441
---	------------

TITULO X

De las servidumbres prediales	444
§ 1	444
§ 3	477

TITULO XI

De las servidumbres en particular	480
Capítulo I De la servidumbre de tránsito	480
„ II De la servidumbre de acueducto	485

TITULO XII

De las hipotecas, y los privilegios sobre inmuebles	497
---	------------

Capítulo I	510
„ „ § 1 De los efectos de las hipotecas ...	549
„ „ § 2 De los privilegios sobre inmuebles	552
„ „ § 3 De los efectos de la hipoteca res- pecto de terceros poseedores	557
„ „ § 4 De la extinción de las hipotecas ..	562
„ „ § 5 De la cancelación de las hipotecas	566
TITULO XIII	
De los censos	569
TITULO XIV	
De la prenda	592
TITULO XV	
De la prenda con registro	612
TITULO XVI	
De la anticresis	643
Nota	654



