

EXPOSICIÓN Y COMENTARIO
DEL
CÓDIGO CIVIL
ARGENTINO

BIBLIOTECA DE LA CORTE SUPLENTE	
Nº DE INSCRIPCIÓN	6333
UBICACIÓN	
FICHA MATERIA	

EXPOSICIÓN Y COMENTARIO
DEL
CÓDIGO CIVIL
ARGENTINO

CONTENIENDO:

LA EDICIÓN OFICIAL Y LAS NOTAS DEL DR. VELEZ-ROSFEL
LA APLICACIÓN DE LOS FALLOS DE LA SUPREMA CORTE NACIONAL
CÁMARAS DE APELACIÓN DE LA CAPITAL
Y UN ESTUDIO SOBRE LA LEY DEL REGISTRO C

POR EL

DR. JOSÉ OLEGARIO MACHADO

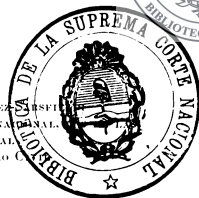
TOMO VI



BUENOS AIRES

FÉLIX LAJOUANE, EDITOR

1900





ADVERTENCIA



Al poner en prensa el sexto volumen se me informa que el Gobierno Nacional ha autorizado á dos personas para hacer una edición oficial del Código Civil, incorporando la ley de matrimonio, y que dichos señores han alterado por completo la numeración de los artículos, introduciendo una grave perturbación y dejando sin fundamento, por decirlo así, todas las decisiones de los tribunales, anteriores á la publicación de la nueva edición.

Se me informa igualmente, que los empresarios, en vista de tan seria dificultad, consultaron al Ministro del ramo, y que éste ordenó se atuvieran en la publicación á lo dispuesto en el art. 118 de la ley de Matrimonio Civil. No conozco los términos de la solicitud, ni los del decreto, pues no han sido publicados; pero me resisto á creer que un hombre del reconocido talento del actual Ministro de Justicia y que figura con justo título entre los primeros hombres de nuestro país, haya autorizado una reforma que correspondía á una Comisión de jurisconsultos, por las correcciones que ella trae consigo.

Para justificar esta duda, me permito indicar someramente algunas de las dificultades, demostrando que no es tarea de simples copistas, la de hacer una nueva edición oficial del Código Civil.

Lo primero que se ocurre preguntar es, ¿á quién le corresponde decretar la edición oficial en los términos del art. 118? ¿A quién debe confiarse el arreglo de la numeración y cómo debe hacerse?



El artículo dice: «En la primera edición oficial que se haga de este Código, se incorporará esta ley en lugar del título 1º, Sección 2ª, libro 1º, *arreglando la numeración que corresponda á los artículos*». Esta última parte ha sido agregada inconsultamente en mi opinión; pero no se trata de la crítica, que ya he hecho en el tomo 1º, sino de interpretar la disposición. ¿Importa esta última parte decir, que se alterará toda la numeración del Código? ¿O es como lo creen algunos, que el arreglo de la numeración que corresponda á los artículos, se refiere á la misma ley que se incorpora? Sin decidir esta cuestión, basta plantearla para advertir que es materia de interpretación.

Viene luego esta otra cuestión: si la agregación se hace mecánicamente, deben figurar los 118 artículos de que consta la ley de Matrimonio Civil; pero entonces el Código contendría disposiciones contradictorias; porque el art. 113, Ley de Matr. Civ., corrige el art. 80 del Código en las palabras «las Municipalidades» por las *legislaturas respectivas*; no pudiendo coexistir ambas disposiciones; igual cosa sucede con el art. 114, Matr. Civ., que debe substituir al art. 263 del Código y con el art. 112, Matr. Civ., derogatorio del 340 del Código, debiendo desaparecer ambos artículos; habría que corregir igualmente los arts. 341, 342 y 343 suprimiendo la palabra *sacrílego*, que ya no tiene sentido. Habría que corregir también el art. 311, suprimiendo las palabras *aunque fuera con dispensa*, que tampoco tienen sentido; finalmente, las últimas palabras del art. 318 del Código, *en presencia del párroco y testigos del matrimonio, si lo hiciese al contraerse éste*, deben también suprimirse, pues si se dejan como están, podría hacerse el reconocimiento ante el párroco, cuando la ley de Matrimonio Civil, art. 40, n° 2, ordena se haga ante el Jefe del Registro Civil.

¿Quién hace estos cambios, es el Gobierno ó el Congreso? Sin entrar á estudiar esta cuestión, que está fuera de los límites de una advertencia, diremos sin embargo, que si el Poder Ejecutivo la ordenara, debería hacerlo por un decreto determinando la forma, y nombrando personas de competencia, como se



hizo con la última edición oficial en que el Congreso sancionó la fe de erratas.

Téngase presente que la edición oficial que se mande hacer, está destinada á servir de norma á las demás que se publiquen en adelante, y los errores y contradicciones que contenga se reproducirán. Además es necesario aprovechar esta oportunidad para depurar la edición oficial de los errores que contiene restableciendo, por ejemplo, el verdadero sentido del art. 1289, donde se suprimió un período, y corregir los arts. 129, 1338, 1708, 2384, 3388, 2513, 2161, 2419, 2664, 2443, 3476 y tantos otros donde el error de imprenta está manifiesto y que no deben volverse á reproducir.

Estas ligeras observaciones bastan para demostrar que el Gobierno debe tomar sobre sí la responsabilidad, ordenando por decreto las correcciones á fin de que la edición oficial se haga bajo la vigilancia de personas investidas de autoridad, y no se dejen subsistente contradicciones que afearán nuestra ley civil.

Observaremos á los estudiosos, que la nueva numeración se obtendrá con agregar á la actual, invariablemente 34. Así, por ejemplo, el art. 3310 de la actual edición será el 3344 de la nueva; y vice-versa, cuando de la nueva numeración se quiera averiguar á qué artículo de la antigua corresponde, se deducirán 34 y se tendrá el artículo.

Mayo 17 de 1900.

EL AUTOR.



EXPOSICIÓN Y COMENTARIO

DEL

CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

TÍTULO XV

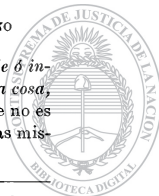
DEL DEPÓSITO

§ 602.—DEL DEPÓSITO EN GENERAL, SUS CARACTERES

El depósito tomado en su acepción general, es un contrato por el que una de las partes se obliga á guardar una cosa corporal para devolverla en su individualidad, cuando el depositante lo exija. De esta idea general que no comprende todos los casos especiales de depósito, ni abraza la completa concepción del contrato, tal como lo considera nuestro Código, nacen diferencias fundamentales en el desenvolvimiento del contrato. Así, el **art. 2182**, dice: *el contrato de depósito se verifica, cuando una de*

(**Art. 2182.**) La definición corresponde al depósito *regular*, porque en el irregular el depositario está autorizado para usar de la cosa depositada, con tal de devolver otra de la misma especie, art. 2220. El depósito se distingue esencialmente de los demás contratos, por el objeto ó fin que se haya tenido al hacer la entrega de la cosa: así, cuando se hace la tradición con el objeto de transferir la propiedad, puede ser una venta, donación ó permuta; si sólo se transfiere para conceder el uso de la cosa, puede ser préstamo ó locación; si se entrega para cumplir un encargo dado, puede ser mandato. Por eso Ulpiano, en la l. 1, § 8, tit. 3, lib. 16, Dig., dice: «cuando los vestidos dados en guarda á un dueño de baño se han perdido, si no ha recibido salario alguno por guardarlos, es deposita-





las partes se obliga á guardar gratuitamente una cosa mueble ó inmueble que la otra le confía y á restituirla la misma é idéntica cosa, sin comprender en esta definición al depósito judicial que no es gratuito, ni al depósito irregular, donde no se devuelven las mismas cosas, sino otras de la misma especie.

rio, y no debe responder sino de su mala fe; pero si recibió salario habrá contra él la acción de locación». El depósito se confunde con el mandato, del cual puede considerarse como una de sus variadas formas; sin embargo, si doy á mi abogado los documentos necesarios para la defensa de mi causa no hay un contrato de depósito, sino un mandato, porque no se los he entregado sino para servir á la defensa.

El depósito *regular* debe llenar las condiciones siguientes: 1º, ser hecho con el fin de guardar la cosa, *custodia causa*; 2º, hacer la tradición de la cosa, pues, sin ella no hay depósito; 3º, que el depositario se encargue gratuitamente de la guarda; 4º, que no transfiera la propiedad, ni el uso de la cosa. Explicando la 1ª condición, no será depósito, cuando una persona entrega á otra una cosa para transportarla á otro lugar, ni cuando se la da para depositarla en mano de otro, y en caso de no poderlo hacer que él mismo la guarde, ni cuando encargó el retirar la cosa depositada y guardarla; en los dos últimos casos hay mandato, porque como decía Pomponio, en la l. 1, §§ 12 y 13 cit., de los dos contratos que se presentan, el mandato es el primero. En el 2º, para que nazca la acción de depósito es necesario hacer la tradición, porque siendo un contrato real, no se considera formado hasta que la cosa no se ha entregado; pero eso no impide que esté obligado el depositante á pagar todos los gastos que el depositario hubiere hecho para recibir la cosa, ni lo salva á éste de pagar los daños y perjuicios al depositante por haberse negado á recibirla. Si la cosa se tenía por cualquier otro título, el depósito se formará sin tradición real; no habrá necesidad de volver á tomar la cosa. 3º Es de la esencia del depósito el ser gratuito, dice el Dr. Velez Sarsfield en la nota, manifestando que así lo establece la l. 2, tít. 3, Part. 5ª y l. 1, § 8, tít. 3, lib. 16, Dig., y los códigos de Francia, Luisiana, Nápoles, Holanda y Sardo. En efecto, si el depósito no fuera gratuito, y se pagara un precio por la guarda, sería locación ó cualquier otro contrato, sin embargo, en el secuestro, que es el depósito judicial, se paga al depositario y el acto no deja de ser depósito; pero aquí se trata del depósito como contrato. Los depósitos hechos en los Bancos, por los que se pagan interés, no son verdaderos depósitos, sino préstamos. 4º Si se transfiere el uso de la cosa deja de ser depósito regular, y



Nuestro Código, siguiendo la idea generadora de este contrato, en los tiempos en que fué legislado por los romanos, lo ha declarado gratuito, cuando en las sociedades modernas con otros idea-

en realidad no es sino un préstamo gratuito, desde que sólo está obligado el depositario á devolver cosas de la misma especie. Para determinar si el contrato es depósito, es necesario aplicar la regla siguiente: si el contrato existe y el depósito es una consecuencia ó una cláusula de él, no habrá depósito, porque éste viene á confirmar la existencia del contrato anterior.

Establezcamos las diferencias principales del depósito con los demás contratos: en el depósito, aun en el irregular, se da la cosa en guarda, aunque con facultad de usarla; en el *mutuo ó préstamo* se transfiere la propiedad; difiere del *comodato*, pues, en éste se entrega una cosa no fungible para servirse de ella, mientras en el depósito debe guardarla sin utilidad, y si se autoriza su uso, es un simple accidente; de la *prenda*, en que esta da derecho al acreedor para hacerla vender; del *mandato*, con el que tiene mayores puntos de semejanza, en que éste tiene por objeto una comisión ó orden que se le ha dado, mientras el depósito tiene por fin principal la guarda de la cosa; si la guarda es sólo una consecuencia de un contrato anterior, no hay depósito; del mismo modo debe decidirse, cuando el depósito ha sido primeramente convenido, y como consecuencia de él viniesen actos; que aislados serían un mandato, esos actos deben referirse al contrato de depósito. El Cód. Civil Alemán, § 700, rompiendo con todas estas distinciones, hace que el depósito no pierda su carácter de tal por ser remunerado, y lo transforma en préstamo, cuando se ha permitido el uso de cosas fungibles, á partir desde el momento en que las cosas se han usado.

Se debe tener presente que un contrato puede ser de depósito y transformarse en otro por estipulación posterior, como si para continuar después de algún tiempo, con la guarda de la cosa, me hago pagar una cantidad de dinero, se habría convertido en locación.—Véase la l. 1, § 8, tit. 3, lib. 16, Dig., que trae muchos ejemplos ilustrativos.—Comp. POTHIER, *Depositi*, n.ºs 9 y sig., TROPLONG, *Deposito*, n.ºs 23 y sig.—Véanse arts. 600, 607, 2190, 2219 y 2220.

Guillaouard (*Trat. de préstamo*) hace la diferencia entre el depósito y el comodato, diciendo que el depositario hace un servicio y el comodatario lo recibe, á lo que se puede agregar, que el depositario puede tomar la cosa depositada cuando quiera, mientras el comodante sólo al cumplimiento del contrato.



les, la remuneración debía ser la regla á que obedeciera; pero ha salvado en parte la dificultad cuando dice el **art. 2183**: *una remuneración espontáneamente ofrecida por el depositante al depo-*

Baudry-Lacantinerie y Walh, *De depósito*, n.º 1012, dicen: que la entrega de un objeto á un tercero, porque éste tiene deseos de verlo, no es un depósito, sino un préstamo de uso, y lo mismo el acto por el que se entregan títulos á un tercero para que los dé en garantía de un préstamo.

(**Art. 2183**.) Este artículo viene á decidir una de las cuestiones debatidas en la jurisprudencia francesa, sobre si el pago hecho por el deponente al depositario como remuneración, cambiaba la naturaleza del contrato, porque siendo por su esencia *gratuito*, dejaría de ser considerado como depósito si se pagara el servicio. El carácter del depó-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2182.—L. 1, Tit. 3, Part. 5.ª.—Aubry y Rau, § 401.—Pero no siempre que se guarda gratuitamente una cosa, hay depósito. Para que la entrega de una cosa tome el carácter de depósito, es preciso que ella tenga por fin principal la guarda de la cosa. Cuando la guarda de la cosa es secundaria, cuando es sino la consecuencia de un contrato ya perfecto, en nada cambia la naturaleza de este contrato. Si yo, por ejemplo, os encargo recibir de un tercero una cosa, y guardarla hasta que disponga de ella, el contrato es mandato y no depósito. Lo mismo sería si por resultado de una convención, quedare en poder del mandatario una suma de dinero, y el mandante le encargare que se la guardase hasta disponer de ella.—L. 8, Dig., *Mandati*.—Pothier, n.º 10.—Troplong, *Dépôt*, nos 23 y 30.

En los Códigos y entre los jurisconsultos hay variedad de juicios sobre la naturaleza de la cosa que debe ser objeto del depósito. Voet y Domat juzgan que el depósito puede también ser de cosas inmuebles. Pothier y Heinecio, que sólo puede ser de cosas muebles. La ley citada de Partida, que puede ser tanto de muebles, como de inmuebles; y los Códigos de Francia, de Nápoles, Sardo, Holandés y de Luisiana, disponen que el depósito no puede tener por objeto, sino cosas muebles. Nosotros seguimos la disposición de la Ley 2 de Partida, pues el objeto principal del acto es la guarda de una cosa. No encontramos razón para que se diga que una persona que cierra su casa y deposita en otra las llaves de ella, no efectúa depósito, sino locación de servicios, pues el objeto de ese acto ha sido depositar la casa, aunque subsidiariamente se exija algún servicio del que la recibe. No se niega que el secuestro puede ser de cosas inmuebles; pero el secuestro no es sino un depósito judicial, y por consiguiente, aunque el acto no sea un contrato, puede concluirse que no es de la esencia del depósito el que la cosa depositada sea mueble.

Decimos en el artículo, *gratuitamente*, conforme á la esencia que le da al depósito la L. 2, Tit. 3, Part. 5.ª.—La L. 1, § 8, Tit. 3, Lib. 16, Dig., y los Códigos de Francia, de Luisiana, de Nápoles, de Holanda y Sardo.—Por la L. 3, Tit. 15, Lib. 3, F. R. no es de la esencia del depósito que sea gratuito.

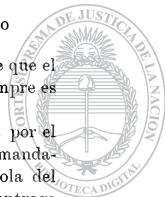
sitario, ó la concesión á éste del uso de la cosa al celebrar el contrato, ó después de celebrado, no quita al depósito el carácter de gratuito; pero la promesa aceptada por el depositario con todas las formalidades de los contratos, confiere á éste una acción para pedir su cumplimiento.

sito se encierra en el objeto principal del acto; dar la cosa en guarda, *custodia causa*; si como accesorio, el depositante hubiere ofrecido una recompensa, ó le autorizare á usar de la cosa, esas circunstancias no desvirtúan el contrato, y por eso nuestro artículo dice: la recompensa debe ser ofrecida *espontáneamente*, pues si se ha debatido su precio, no será depósito sino locación ó cualquier otro contrato á título oneroso. Se debe, pues, distinguir el caso de establecimientos ó personas que especulan con esta clase de depósitos, y á quienes se les paga una comisión por la guarda, porque entonces no hay depósito sino locación.

El depósito es un contrato de beneficencia, y el depositario hace un servicio de amigo, este carácter no se altera porque reciba regalos ó recompensas, desde que no las haya exigido. Cuando al hacer el depósito se ha concedido el uso de la cosa, se debe tener en cuenta que el objeto principal con que se entregó era para guardarla, y el uso ha sido un accidente del contrato. Este carácter resalta más claramente, cuando la remuneración ó el uso de la cosa ha sido ofrecida ó concedida después del contrato. No creo que la remuneración ofrecida *ab initio* por el depositante, y que figure en el mismo contrato, sea suficiente para quitarle su carácter de gratuito, si es que no ha sido pedida por el depositario, ó si como dice Marcadé al art. 1917, n° 377, fuera de tal naturaleza que no guardase relación alguna con los cuidados que deberá tener el depositario, resultando que recibe el depósito más por hacer un servicio que por recibir un beneficio. Sería en todo caso una cuestión de hechos.

Me parece demasiado absoluta la opinión de algunos al afirmar, que desde el momento que el depositario tenga derecho á exigir judicialmente la remuneración deja de ser depósito, porque se iría contra el texto expreso de la ley en ciertos casos: por ejemplo, si después de entregar el depósito que se recibe gratuitamente, hago espontáneamente la promesa de dar una cantidad que está bien lejos de representar los cuidados que se toma por la cosa, tendría derecho para pedir esa cantidad, sin que dejara de ser depósito.—Comp. POTHIER, l. c., n° 13, y FREITAS, art. 2608, y Cód. DE CHILE, art. 2219.—Véase arts. 1871, 2182, 2188, 2189 y 2221.





Como se dice en la nota, no hay absoluta necesidad de que el depósito sea gratuito, y lo demuestra el judicial que siempre es remunerado.

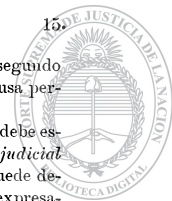
El depósito se distingue del mandato y de la prenda por el objeto; es mandato cuando la cosa se entrega para que el mandatario haga algo en el interés del mandante, empleándola del modo que se le hubiere ordenado; es prenda, cuando se le entrega para garantizar el cumplimiento de una obligación.

Como en el depósito, el deponente tiene derecho á pedir la restitución de la cosa cuando quisiere, aun cuando se hubiese indicado término para la devolución, pues es uno de los casos de excepción, en que el plazo es sólo en beneficio del depositante; de ahí se deduce que, *el error acerca de la identidad personal del uno ó del otro contratante, ó á causa de la substancia, calidad ó cantidad de la cosa depositada, no invalida el contrato. El depositario, sin embargo, habiendo padecido error respecto de la persona del depositante, ó descubriendo que la guarda de la cosa depositada le causa algún peligro, podrá restituir inmediatamente el depósito (art. 2184);* porque en el primer caso, no está obligado á hacer

El art. 1917, Cód. Francés dice, que el depósito es *esencialmente* gratuito, pero como lo hacen notar Baudry-Lacantinerie y Wahl, n° 1168, no dice que sea *exclusivamente* gratuito y «esta simple observación, agregan, permite conciliar fácilmente este texto con el art. 1928, n° 2, del que resulta, que la simple estipulación de un salario para el depositario no transforma necesariamente el depósito en una locación de servicios. El salario estipulado puede no ser sino una débil compensación de los cuidados que exige la guarda del depósito, y entonces el contrato conserva en una cierta medida el carácter de un acto de beneficencia; no cesa de ser depósito. En otros términos, es esencial para que haya depósito que un pensamiento de beneficencia anime al depositario; pero no es necesario que obre bajo la influencia de un móvil exclusivamente desinteresado. El salario estipulado por el que se dice depositario ¿es el equivalente exacto del servicio que él hace encargándose de la guarda de la cosa? Es de una locación de servicio de la que se trata, poco importa que la operación haya sido calificada de depósito».

(Art. 2184.) Hay impropiedad en sentar como principio general,

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2183.—Pont, *Dépôt*, nos 377 y siguientes.



un servicio á persona á quien tal vez no conoce, y en el segundo debe concedérsele el derecho de entregar la cosa, si le causa perjuicio.

Como un principio general que domina la materia se debe establecer que, *no habrá depósito sin contrato, ley ó decreto judicial que lo autorice (art. 2186, 1ª parte)*; así es que nadie puede detener en su poder la cosa de otro sin un derecho que expresamente lo autorice á ello, por esa razón dice el **art. 2186, 2ª parte**: *el que se arrogase la detención de una cosa ajena no será conside-*

que el error sobre la persona no invalida el contrato, cuando á continuación se enseña, que si el depositario ha padecido error respecto á la persona del depositante, puede restituir la cosa.

Cuando el error ha sido padecido por el deponente, no tiene necesidad de pedir nulidad del contrato, pues, como dice Pothier, reclamará su cosa del depositario, quien no podrá negársela. Parece injusto que no se autorice á anular el contrato, cuando el error versare sobre la cantidad; pero como el depósito sólo existe con la entrega de la cosa, el error no sería sino sobre lo que se ha creído recibir, no sobre lo que efectivamente se ha recibido y que se debe restituir, así es que no hay daño alguno para el depositario. Sin embargo, podría haber lugar á contestación tratándose de dinero entregado en una caja sin llaves y en que hubiera déficit sobre la cantidad declarada; el depositario tendría obligación de probar que no ha podido haber substracción.

Con relación al error sobre la substancia, el depositario tendría derecho para entregar la cosa si hubiera peligro en tenerla, y si no pudiera recibirla el deponente por cualquier causa, para hacerla depositar judicialmente. El error sobre la calidad tampoco autoriza para devolver la cosa, á menos que se tratase de defectos ocultos que pudieran causar daño al depositario, como si fuera trigo agorgojado, que guardo en un depósito donde tengo el mío. Habría sido mejor suprimir la palabra *causa* dejándola regida por la de *acerra*, como lo trae el Cód. de Chile de donde fue tomado.—Véase TROPLONG, l. c., n.ºs 37 y 38. PONT, n.º 397, Cód. DE CHILE, art. 2216 y AUBRY y RAU, § 402, notas 6 y 7.

(**Art. 2186.**) Habrá depósito por *contrato*, cuando las partes hubie-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2184.—Véase Troplong, *Dépôt*, n.ºs 37 y 38.—Pont, *Dépôt*, n.º 397.—Lo que forma el objeto del contrato, no es lo que el uno ó el otro ha entendido dar ó recibir, sino lo que efectivamente ha dado ó recibido.



rado depositario de ella, y queda sujeto á las disposiciones de este Código sobre los poseedores de mala fe, sin perjuicio de las acciones criminales que correspondan al dueño, según la naturaleza del hecho y las circunstancias que hayan precedido á la retención.

§ 603. — APLICACIÓN DE ESTAS DISPOSICIONES

El título del depósito se aplicará únicamente al contrato formado por la voluntad de las partes donde existe completa libertad, por eso dice el **art. 2185**, 1ª parte: *las disposiciones de este título se refieren sólo al depósito convencional, y no á los depósitos derivados de otra causa que no sea un contrato.* Pero si bien las disposiciones con respecto á la formación del contrato y á las obligaciones que de él se desprenden, no pueden aplicarse á los depósitos que no se formen por la convención, *en todo lo que respecta á los efectos del depósito, las disposiciones de este título rigen subsidiariamente en lo que fueren aplicables* (**art. 2185**, 2ª parte) á los casos que á continuación vamos á estudiar:

ren convenido y entregado la cosa; puede ser entre depositante y depositario ó entre dos ó más personas que tengan pretensiones sobre la cosa y que convinieran en depositarla en poder de un tercero; habrá depósito por *la ley*, cuando ésta expresamente lo establezca; por *decreto judicial*, que no fuere reclamado, ó que siéndolo, pasare en autoridad de cosa juzgada. El que ha encontrado una cosa perdida y la detiene en su poder, haciendo las diligencias para devolverla á su dueño, se considera como depositario que recibe una recompensa por sus cuidados, art. 2531. Fuera de estos casos, el que detuviere una cosa ajena, se considera como usurpador de ella, y responderá como poseedor de mala fe, según los arts. 2432, 2435 á 2444 y 2531. — Véase FREITAS, art. 2602.

(**Art. 2185.**) Dijimos en el art. 2182 que el depósito reglado por este título es el que proviene de contrato, que debe ser esencialmente gratuito, pues son servicios prestados al depositante, extendiéndose aún al necesario, porque hay verdadero contrato, aunque restringido en la elección del depositario. La regla colocada á la cabeza de este artículo, tiene por objeto salvar las peculiaridades á que se encuentran sujetos los depósitos comprendidos en los cuatro incisos que siguen; por consi-



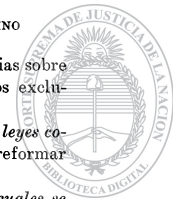
1° *Al depósito constituido en virtud de disposiciones de última voluntad* (art. 2185, n° 1); en que sólo interviene la del testador que se considera persistente, aun después de la muerte, para que pueda formarse el contrato, y continuarlo con sus herederos.

2° *Al depósito judicial en virtud de embargo, prenda, etc.* (art. 2185, n° 2), en cuanto no se oponga á las leyes de procedimiento de cada provincia, y aun creo avanzada la opinión que

guiente, nunca pudieron estar en contradicción, como algunos creen, y si ésta existiera se encontraría salvada con la expresión de: «se aplicarán subsidiariamente»; por esa razón no podríamos aplicar en nuestro derecho el art. 2219, Cód. Chileno, que dice: «si se ha estipulado una remuneración por la simple custodia de una cosa, el depósito degenera en arrendamiento de servicio, y el que presta el servicio es responsable hasta de la culpa leve; pero bajo todo otro aspecto, está sujeto á las obligaciones del depositario y goza de los derechos de tal»: porque siendo un contrato de locación está sujeto á su propia legislación. Se ha creído que la palabra *subsidiariamente* debe aplicarse de modo que las disposiciones sobre el depósito rijan cualquier acto en que haya semejanza, y aun cuando se pagara por el depósito, pero esa no es la inteligencia; se aplicará subsidiariamente á los cuatro números siguientes que tienen una legislación propia, cuando ofrecieran vacíos ó dudas. En efecto, la primera parte dice: «las leyes de este título no se aplican á los depósitos que no provengan de contrato»: en la segunda, los depósitos indicados en los cuatro incisos siguientes se rigen por las disposiciones que les sean especiales ó relativas, y subsidiariamente por las de este título en lo que le fueren aplicables; así sólo se aplicarán á los cuatro números que vamos á examinar.—Véase FREITAS, art. 2601.

(Art. 2185, n° 1.) Aquí no hay verdadero contrato, por que el depósito tiene lugar después de la muerte del depositante. Si el fallecido ha señalado una remuneración por el servicio, eso no alterará la naturaleza del acto y el heredero la abonará de los bienes de su causante; este es uno de tantos casos que prueba lo absoluto de la opinión criticada en el art. 2183.—Comp. FREITAS, art. 2601, n° 1.

Art. 2185, n° 2.) En el depósito judicial no hay contrato propiamente, es un mandato de la justicia que se cumple aun contra la voluntad de las partes, y es por esencia remunerado; sin embargo, no pierde el carácter de depósito. Puede ocurrir, en virtud de prenda,



atribuye al Congreso la facultad de dictar leyes supletorias sobre procedimiento para las provincias, que tienen derechos exclusivos.

3° *Al depósito de las masas fallidas regidas por las leyes comerciales* (**art. 2185**, n° 3); porque el Congreso puede reformar ó alterar los Códigos de fondo.

4° *A los depósitos en cajas ó bancos públicos, á los cuales se deben aplicar con preferencia las leyes que les sean especiales* (**art. 2185**, n° 4), si la autorización ha sido dada por ley, no así, cuando los estatutos sólo fueren aprobados por el Gobierno, en que no pueden prevalecer si se opusieren á las leyes.

embargo ó secuestro, con arreglo á las leyes de procedimientos que determinarán las formalidades con que se deben hacer. El art. 2786 nos presenta un caso de embargo y el art. 443, Cod. Proced. de la Capital, presenta cuatro casos.—**FREITAS**, art. 2601, n° 2.

(**Art. 2185**, n° 3.) Son casos regidos por las leyes comerciales y subsidiariamente se pueden aplicar las del presente título.—**FREITAS**, art. 2601, n° 4.

(**Art. 2185**, n° 4.) Los bancos públicos tienen sus estatutos aprobados por el Gobierno, ó son creados por leyes especiales, como el Banco de la Nación Argentina, y se rigen particularmente por lo dispuesto en sus estatutos: sólo subsidiariamente se aplicarán las leyes de este título. Así, los depósitos que reciben y por los que pagan interés, son préstamos verdaderos con los que sirven á su clientela; sería un error aplicarles las disposiciones dictadas para un contrato de beneficencia.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2185, n° 2.—El embargado puede ser depositario judicial de los bienes, con la responsabilidad que la ley le impone en ese carácter.—**Jur. Civ.**, V, 370, Sér. 4°.

Las acciones contra el depositario por deterioro de los muebles, deben ser deducidas en expediente separado.—**Jur. Civ.**, VII, 311, Sér. 5°.

La acción del depositario para el cobro de los honorarios y gastos, debe substanciararse con intervención del ejecutante y del ejecutado; pero el que ha consentido el procedimiento irregular, no puede alegar la nulidad de la sentencia.—**Jur. Civ.**, VII, 135, Sér. 5°.

El depositario está obligado á rendir cuenta detallada de los fondos producidos por el depósito, y si no lo hiciera, los tribunales deben fijar equitativamente la suma dentro de la cual el que exige la rendición de cuentas, debe prestar juramento.—**Jur. Civ.**, VII, 81, Sér. 2°.



§ 604.—DE LA DIVISIÓN DE ESTE CONTRATO

El depósito definido por el Código, en que la persona se obliga á guardar una cosa de otro gratuitamente, se divide en *depósito voluntario y necesario*. *Será voluntario cuando la elección del depositario dependa meramente de la voluntad del depositante; y necesario, cuando se haga por ocasión de algún desastre, como incendio, ruina, saqueo, naufragio ú otros semejantes, ó de los efectos introducidos en las casas destinadas á recibir viajeros (art. 2187)*, porque no teniendo la completa libertad para substraerse á estos depósitos, su voluntad se ejercita dentro del radio limitadísimo de las casas establecidas con ese objeto.

El depósito voluntario se divide además en regular é irregular, según las facultades que se confieran al depositario.

Freitas, art. 2601, n° 3 y 5, extiende la aplicación subsidiaria al depósito de las personas, determinado por las leyes de procedimiento, y á los depósitos que se hacen en barracas destinadas con tal fin: pero no creo se pueda extender sin peligro de crear nuevas disposiciones. — Comp. FREITAS, art. 2601, n° 6.

(**Art. 2187.**) Esta división tomada del derecho romano se funda en la situación porque pasa el depositante al hacer el depósito. Se llama *voluntario*, cuando tiene completa libertad para elegir al depositario, sin que circunstancia alguna venga á forzarlo: es *necesario*, si por ocasión de un acontecimiento, como un desastre, se viera obligado al depósito, aunque hay completa libertad: sin embargo, su voluntad ha sido determinada por un accidente imprevisto, y ésto se extiende por analogía á las casas destinadas á recibir viajeros, con relación á los objetos que estos introducen. La ley romana dice: «es con razón que el Pretor ha distinguido las diferentes causas que pueden dar lugar al depósito, las que provienen de la necesidad de las circunstancias imprevistas, y las que vienen de la voluntad del deponente». Nuestro artículo salva las dificultades que ocurrirán en la práctica, cuando señala el naufragio, incendio y agrega *ú otros semejantes*, dejando en la mano de los jueces el aplicar la disposición, según los casos en que el depositante se haya visto forzado á hacer el depósito.

En el depósito *necesario*, el depositario culpable de infidelidad, es más reprobable que en el voluntario, porque el deponente no ha podido



§ 605.—CARACTERES ESENCIALES DEL DEPÓSITO

De la definición dada por el art. 2182, se deduce que el depósito debe tener esencialmente estas condiciones:

1° Que la cosa debe entregarse al depositario, antes no hay derechos.

2° Que la guarda de la cosa debe ser el fin principal del acto, sin que lo desnaturalice la autorización dada al depositario para servirse de la cosa depositada.

3° Debe ser gratuito, sin que se altere por la oferta espontánea de un salario.

§ 606.—DEL DEPÓSITO VOLUNTARIO REGULAR

Dijimos que la gran división del depósito en lo que se relaciona con la voluntad de las partes, se fundaba en la libertad más ó menos extensa de que el depositante gozaba al realizar el acto, así, cuando él elegía la persona del depositario, sin que acontecimiento alguno lo obligase, se llamaba *voluntario*; cuando por el contrario, era forzado á hacerlo, por hechos independientes de su voluntad, tomaba el nombre de *necesario*, y finalmente se llamaba *judicial*, cuando el depósito se hacía por mandato de los jueces en los casos en que fueren autorizados por las leyes de procedimientos, pero á estos últimos se les aplica subsidiariamente las leyes de este título.

El depósito voluntario es regular ó irregular (art. 2188).

Es regular:

1° *Cuando la cosa depositada fuere inmueble, ó mueble no con-*

elegir la persona con completa libertad; y es uno de los casos en que no pudiéndose dar la prueba escrita, se admite toda clase de demostración. — Comp. COD. FRANCÉS, arts. 1920 y 1949. FREITAS, arts. 2604 y 2684. GOYENA, art. 1688 y l. 1, tit. 3, lib. 16, Dig.

(**Art. 2188.**) Esta es una división tomada de Freitas y facilita

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2187.—LL. 1 y 8, Tit. 3, Part. 5ª.—L. 1, Tit. 3, Lib. 16, Dig.—Cód. Francés, arts. 1920 y 1949.—Italiano, 1838 y 1864.—Napolitano, 1792 y 1821.



sumible, aunque el depositante hubiere concedido al depositario el uso de ella (art. 2188, n° 1), porque debe restituir las mismas cosas, sin que pueda consumirlas y volver otras de la misma especie. El rasgo que caracteriza al depósito regular es que la cosa depositada debe devolverse en su individualidad, siendo la misma que se le entregó.

2° Cuando fuere dinero, ó una cantidad de cosas consumibles, si el depositante las entregó al depositario en saco ó caja cerrada con llave, no entregándole ésta, ó fuere un bulto sellado, ó con algún signo que lo distinga (art. 2188, n° 2), de manera que el depositario no haya podido disponer de ella; así debe devolver las mismas cosas y no otras de la misma especie y calidad. Si hubiese dispuesto de ellas sin autorización expresa del depositante, habría cometido un delito castigado por el Código Penal.

legislar la materia, separando en dos grandes grupos las cosas que se dan en guarda y que pueden usarse sin consumirse, de las que desaparecen por el uso.

(Art. 2188, n° 1.) Nuestro Código se ha decidido por el depósito de cosas inmuebles, contra lo dispuesto por los códigos modernos, desnaturalizando el contrato y la etimología de la misma palabra, *ex eo quo ponitur*. Para distinguirlo del comodato ó del préstamo de uso, habrá que ocurrir siempre á la intención del depositante que ha querido entregar la cosa en guarda, y en que la autorización para usarla, viene á ser un accidente: pero la dificultad será mayor, cuando ocurriera que la facultad de usar la cosa depositada se hubiere dado posteriormente, pues, el contrato de depósito se habría convertido en comodato. Será siempre una cuestión de hecho.—Comp. FREITAS, art. 2605, n° 1.

(Art. 2188, n° 2.) Como son cosas que desaparecen con el primer uso, ó que no se pueden distinguir entre otras de la misma especie, es necesario entregarlas en saco ó caja cerrada para que puedan devolverse las mismas; pero tratándose de comestibles en cajas con marcas de la casa que la produjo ó fabricó, no será suficiente, por que no habría medio de distinguirlas de otras de la misma casa. sería necesario una marca especial; como si se depositaran mil latas de aceite Puget, la marca de éste no bastaría. Se ha decidido por la Suprema Corte, que cuando el



3° Cuando representase el título de un crédito de dinero ó de cantidad de cosas consumibles, si el depositante no hubiere autorizado al depositario para la cobranza (**art. 2188**, n° 3), porque en ese caso el depósito ha sido únicamente del título y no de las cosas que deben entregarse en virtud de él.

4° Cuando representase el título de un derecho real, ó un crédito que no sea de dinero (**art. 2188**, n° 4); porque en el primer caso, el derecho real representado por el instrumento no puede ser consumido por el depositario, y en el segundo, aunque las cosas fueren consumibles no puede cobrarlas.

De estos principios se deduce que, *si el depósito fuere regular*,

depositario ha abierto el arca cerrada en que estaba el depósito, debe estarse á la manifestación del depositante en cuanto á su contenido, (XIII, 175), pero no debe tomarse la resolución de una manera absoluta; pues, si por causa justificada fué obligado á abrirla ante testigos, debe estarse á la declaración de éstos, ó cuando en caso de incendio ha sido arrojada la caja á la calle para salvarla, y se ha roto, esparciéndose el dinero que contenía ó en casos semejantes. — **Comp. FREITAS**, artículo 2605, n° 2.

(**Art. 2188**, n° 3.) Porque entonces es depositario del documento, y si quisiera cobrarlo no podría hacerlo sin autorización, aunque fuera el portador, porque debe devolver el documento. Pero si el depositario al mismo tiempo tuviera poder general para cobranzas podría hacerlo, pues obra entonces á nombre del mandante. — **FREITAS**, art. 2605, n° 4.

(**Art. 2188**, n° 4.) El depósito de un título, tiene que ser regular desde que no se le transfiere, y los derechos reales con mayor razón, pues llevan impreso por decirlo así, el sello de aquel á quien pertenecen: el depositario no puede hacer uso de él. El título de un crédito que no sea en dinero, se encontraría en el mismo caso. El artículo es tomado de **Freitas**, art. 2605, n° 3, quien agrega: *ó de cantidad de cosas consumibles*.

*Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2188, n° 2.—*El que demanda arca sellada no tiene que probar la cantidad, cuando fué abierta por el depositario, debiendo estarse á la manifestación del exponente.—XIII, 175.

el depositario sólo adquiere la mera detentación de la cosa (art. 2191, 1ª parte).

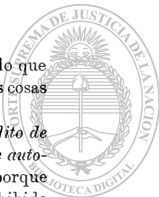
§ 607.—DEL DEPÓSITO VOLUNTARIO IRREGULAR

Las leyes deben simplificar las relaciones de los individuos entre sí, cuando engendran derechos limitando su libertad, y generalmente parten del hecho natural en sus desenvolvimientos lógicos, para llegar al resultado que se busca; por eso no estoy conforme con la idea de confundir el depósito con el préstamo, considerando como un *depósito irregular, cuando la cosa depositada fuere dinero, ó una cantidad de cosas consumibles, si el depositante concede al depositario el uso de ellas ó se las entrega sin las precauciones del artículo anterior, n° 2, aunque no le conce-*

(Art. 2191.) En el depósito regular, el depositario conserva la cosa á nombre del depositante que continúa siendo propietario, es un mero detentador de ella; en el irregular pasa la propiedad al depositario, porque es imposible distinguir las cosas; la única excepción es cuando se trata de créditos en dinero ó de cantidad de cosas que el depositante no autorizó al depositario para usar ó cobrar, que no pasan á ser propiedad del depositario. El depósito de cosas consumibles, continúa siendo irregular, aunque se hubiere prohibido el uso de ellas, si no se entregaron en caja ó bultos cerrados para distinguirlas en su individualidad; por eso debemos aplicar la excepción de este artículo á las cosas depositadas en esa forma.

En cuanto á los créditos á cobrar, el depósito es irregular y las cantidades cobradas se han adquirido por el depositario: si no fué autorizado, el depósito es regular y el depositario debe devolver el documento. Si se suprimiera el adverbio *no*, quedaría sin sentido la excepción, pues si «el depositante hubiera autorizado al depositario para cobrar el crédito» el depósito sería irregular y no habría excepción. El texto de Freitas, art. 2628, de donde fué tomado nuestro artículo, dice: si el depósito fuere irregular, la cosa depositada (como en el nuestro) pasa al dominio del depositario, salvo lo dispuesto en este párrafo sobre el depósito irregular del art. 2606, n° 2, y lo dispuesto en ese párrafo segundo se encuentra legislado en el art. 2657, que correlacionado con el art. 2663, es exactamente lo dispuesto en nuestro artículo.—Comp. arts. 600, 2188, n° 3, 2219 y 2462, n° 2.





diere tal uso y aunque se lo prohibiere (art. 2189, n° 1); lo que quiere decir que es un verdadero préstamo para devolver las cosas cuando le fueren reclamadas.

Igual cosa sucede cuando (el depósito) *representare crédito de dinero, ó de cantidad de cosas consumibles, si el depositante autorizó al depositario para su cobranza* (art. 2189, n° 2); porque entonces puede disponer de ellas, aunque se le hubiere prohibido

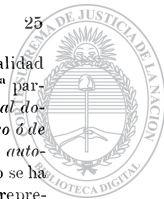
(Art. 2189, n° 1.) Habría sido más conforme con el espíritu moderno el abandonar un formalismo impropio, reduciéndose á legislar sobre los hechos tale como pasan en la vida, pues la verdad es que quien entrega dinero en depósito, sin tomar precaución alguna para que se le conserve en su integridad, no hace un depósito, ni su intención es que se lo guarden, sino la de que le respondan por la cantidad entregada: en una palabra, hace un préstamo. ¿Por qué abandonar una posición tan clara que se desprende de los hechos, para legislar otra? En vez de depósito debía sujetarse al préstamo, si las cosas son consumibles, ó al comodato si son muebles que no se consumen por el uso. Por eso el artículo mismo dice: «el depositario podrá usar del dinero ó de las cosas consumibles, aunque se prohibiere su uso, cuando se le entregaron sin las precauciones del art. 2188, n° 2; entonces se le considera como dueño, desde que perecen para él y responde como tal.

No se debe confundir este caso con el art. 2188, n° 2, porque si dió las llaves de la caja, prohibiendo que la abriera, hay dos depósitos: uno de la cosa y otro de la llave.—Comp. FREITAS, art. 2606, n° 1.—Véase nota al art. 2206. La primera parte concuerda con el art. 2220 y la segunda con el 2188, n° 2. Cuando se ha entregado en bulto cerrado, sin marca ó signo especial ó en caja, dándole la llave y prohibiéndole el uso, si dispusiere en su provecho de las cosas, será el caso del art. 2222 y deberá los intereses desde el depósito. Así se concilia esta última parte con el art. 2220 que exige e le permita el uso.

(Art. 2189, n° 2.) ¿En qué carácter debe considerarse el deposita-

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2189, n° 1.—Los depósitos hechos en los bancos están sujetos á sus estatutos.—XVIII, 205, y XXI, 485.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2189, n° 1.—El depósito de títulos al portador sin determinación de número y valor, se conceptúa de cosa fungible, y en consecuencia, debe calificarse de irregular.—Jur. Civ., VII, 194, Sér. 6°.



expresamente; en este caso como en el anterior hay en realidad un verdadero préstamo; por esa razón dice el (art. 2191, 2ª parte): *si (el depósito) fuere irregular, la cosa depositada pasa al dominio del depositario, salvo cuando fuese un crédito de dinero ó de cantidad de cosas consumibles, que el depositante no hubiere autorizado al depositario para cobrarlo*, porque en este caso sólo se ha depositado el instrumento de crédito y no las cosas que representa.

rio de un documento de crédito en dinero autorizado para cobrarlo? Freitas, art. 2663, dice: es un mandatario, y tiene razón, porque hay un verdadero mandato. Hay, pues, dos contratos: el de depósito, respecto á la materialidad del documento, y el de mandato con relación al cobro. Respecto á las cantidades cobradas, el depósito será irregular y las hará suyas; pero responderá como mandatario por las no cobradas. En nada se alteraría la naturaleza del contrato de depósito si cobrase honorarios como mandatario. Será, pues, irregular el depósito con relación á las cantidades cobradas y regular respecto al documento, y su devolución en la parte no cobrada.—FREITAS, art. 2606, n° 2.

Baudry-Lacantinerie y Wahl, n° 1094, dicen con razón: «cuando el depósito es irregular; es decir, cuando el objeto del depósito no es de restituir la misma cosa, es muy difícil distinguirlo del préstamo. En uno y otro contrato hay entrega de una suma á título de restitución de una suma equivalente, y en los dos casos la suma entregada viene á ser propiedad de aquel á quien se le entrega» y agregan en el n° 1096: «el solo criterio cierto es el que suministra la intención de las partes. Si la persona á quien los fondos son confiados ha querido hacer servicio libertando al tercero del cuidado inherente á la guarda de los fondos, hay depósito. Hay préstamo si la parte á quien los fondos son confiados ha querido hacer una especulación, y con más razón si las dos partes han buscado su ventaja común».

El Cód. Civil Alemán ha venido á dar la razón á nuestra teoría, entrando en la verdad de los hechos tales como se pasan en la vida real, así dice en el art. 700: «si se depositan cosas fungibles de tal suerte que la propiedad deba pasar al depositario, y que éste se encuentre obligado á entregar cosas de la misma especie, calidad y cantidad, se deben aplicar las disposiciones relativas al préstamo».

Art. 2191. (Véase pág. 23).

CAPÍTULO PRIMERO

DEL DEPÓSITO VOLUNTARIO

§ 608. — CARACTERES PRINCIPALES DEL DEPÓSITO VOLUNTARIO

El rasgo característico de los contratos reales es que no producen la acción que nace del contrato mismo, sino después de haber tenido lugar la tradición; pero esto no importa decir, que antes de ella no se conceda acción alguna, pues el que causa un daño á otro, aunque sea por imprudencia debe resarcirlo; así, cuando dice el **art. 2190**: *el contrato de depósito es un contrato real, y no se juzgará concluido, sin la tradición de la cosa depositada*, sólo expresa que no hay contrato de depósito sin esa circunstancia; pero puede existir otro cuando las voluntades se hayan encontrado para formar el vínculo.

(**Art. 2190.**) Aquí se aplica la antigua teoría de contratos *reales y consensuales*, dividiéndolos en dos tiempos: el de su perfección y el de la conclusión; pero nada hay más inexacto, porque si bien es cierto, en general, que el depositario no puede reclamar se le entregue el depósito, porque no le perjudica el no tener en guarda la cosa, hay casos, como en el depósito regular, en que ese perjuicio puede ser real y efectivo. Sobre todo, nadie puede negarle el derecho para reclamar los gastos hechos para recibir la cosa. ¿Y por qué estaría obligado el depositante á pagarlos, si no hubiere contrato ni obligación de hacer? Donde se muestra la inconsistencia de la teoría es respecto del depositante, cuando el depositario se niega á recibir el depósito. Es cierto que repugna obligar á otro á hacer un beneficio, y perjudicarlo porque no lo haya hecho; pero eso mismo resulta en las donaciones, y sin embargo se le obliga á entregar lo dado. Más conforme con la naturaleza de las cosas habría sido someterlos á las mismas obligaciones de los demás contratos. El depo-





En todos los contratos es una condición esencial la capacidad de las partes, por eso dice el **art. 2192**: *la validez del contrato de depósito exige, de parte del depositante y del depositario la capacidad de contratar*; pero como sucede que aun el incapaz puede producir un acto válido cuando le es provechoso, acto que él solo puede anular ligando al contratante capaz, de ahí es que el **art. 2193**, dice: *sin embargo, si una persona capaz de contra-*

sitante tendría derecho a los daños y perjuicios que el depositario le ha causado, negándose a recibir la cosa.

El principio sentado en este artículo comprende el depósito regular y el irregular. Dependiendo el depósito de la entrega de la cosa, todas las disposiciones sobre la tradición le serán aplicables, pero se reputará hecha por la simple entrega sin formalidad alguna. — Véase FREITAS, art. 2627.—Comp. arts. 1140, 1142, 2242 y 2256.

(**Art. 2192.**) Este artículo debió formar uno solo con el siguiente, como lo trae el Cód. Francés, art. 1925, porque sienta un principio general de que aquel viene a ser una excepción. Se ha rechazado la doctrina de Pothier, que negaba la existencia del depósito, cuando una de las personas fuera incapaz, haciendo nacer la acción de *negotiorum gestor*, si recibió la cosa con la buena intención de que no fuera a perderse en manos del incapaz, y vice-versa, si la persona capaz dió en depósito a la incapaz una cosa, no la puede reclamar por la acción de depósito sino por la que nace de la regla de equidad, que nadie debe enriquecerse en daño de otro. Son cuestiones teóricas.—Véase AUBRY y RAU, § 402.

¿Qué capacidad se requiere en el depositante? Es necesario distinguir: si el depósito es regular, basta que tenga capacidad para administrar, según Guillaouard, n° 33, porque no hay enajenación ni disminución de su patrimonio; así podrá hacer el depósito el menor emancipado, la mujer curadora de su marido, el tutor de los bienes de su pupilo, y la mujer separada de bienes. Si el depósito es irregular, sólo podrá hacerlo el que tiene capacidad para prestar ó enajenar las cosas depositadas.—Comp. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, n° 1028.

(**Art. 2193.**) Se ha seguido la doctrina del art. 1925, Cód. Francés que separándose de Pothier, enseña la validez del contrato de depósito.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2192.—Sobre el depósito hecho por persona incapaz, ó a los incapaces, véase Troplong, sobre los arts. 1925 y 1926.

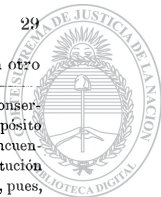


tar, acepta el depósito hecho por otra incapaz, queda sujeta á todas las obligaciones del verdadero depositario, y puede ser perseguida por los derechos del depositante y por sus obligaciones como depositario, por el tutor, curador ó administrador de los bienes de la persona que hizo el depósito, ó por esta misma si llega á tener capacidad, de modo que la ha obligado válidamente como si hubiera sido capaz; pero dice el art. 2194: si el depósito ha sido hecho por una persona capaz, en otra que no lo era, el depositante sólo tendrá acción á reivindicar (ó pedir la restitución) la cosa depositada mientras exista en poder del depositario, y el derecho á cobrar al incapaz todo aquello con que se hubiese enriquecido por el depósito; porque si bien el acto producido es anulable con

Así, cuando un menor de 10 años ó un loco, me han entregado una cosa en guarda, estaré obligado, como depositario, no obstante que este contrato exija como los demás la manifestación de la voluntad que no ha podido existir en el incapaz. Más conforme con los principios habría sido declarar nulo un contrato que no ha existido, é imponer á la persona capaz las obligaciones del *negotiorum gestor*, que ha tomado la cosa para impedir que esos incapaces la destruyeran. Nuestro artículo fundándose en que la persona capaz ha realizado un acto serio, declara válido el contrato suponiendo en la persona incapaz una voluntad que no ha existido. Cuando el incapaz recobre su capacidad puede reclamar él mismo la nulidad del contrato. Téngase presente la disposición del artículo 1244, en que deben depositarse los dineros de la mujer menor en los bancos públicos, á nombre de ésta, y no entregarse al marido, so pena de no quedar desobligados.— Véase GOYENA, art. 1667. PONT, al art. 1925, n° 418, y TROPLONG, al art. 1925, n° 60. En contra, POTHIER, *Depósito*, n° 6.—Comp. arts. 1048, 1164, 2192 y 2257.

Apoyan la teoría que acabamos de exponer Baudry-Lacantinerie y Wahl, n° 1033, al decir: «si el depósito se hace por una persona cuyo consentimiento no sólo está viciado, sino que no ha existido, el contrato no se forma, pues los contratos exigen el consentimiento de las dos partes; la restitución del depósito no puede ser demandada sino en virtud de un cuasi-contrato; de esta opinión es también Guillaouard, n° 33.

(**Art. 2194.**) Es necesario considerar bajo dos aspectos las relaciones



relación al incapaz, éste no puede beneficiar con daño del otro

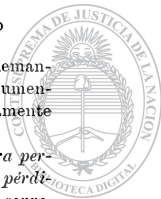
del incapaz: 1º, con relación á sus obligaciones por la guarda y conservación de la cosa; 2º, respecto á su restitución. El contrato de depósito es nulo con relación á las primeras, y el depositario incapaz se encuentra á cubierto, por los daños y perjuicios; pero no así por la restitución que la ley no puede impedir, porque sería favorecer el robo. No es, pues, por la acción de depósito que se debe reclamar la cosa recibida si existiere; luego no hay contrato de depósito, y esta verdad enseñada por Pothier ha sido falseada por el Cód. Francés y los que lo han seguido. La cosa entregada al incapaz puede ser reclamada por *reivindicación*, dice el artículo, mientras exista en su poder, por *restitución*, dice Zachariæ, porque la reivindicación sólo tiene lugar contra los terceros; sea ó no exacta la crítica, esa restitución ó reivindicación no puede ejercitarse contra el mismo incapaz que ha dejado de poseer por su dolo ó con el objeto de dificultar ó imposibilitar la reivindicación en los términos del art. 2785, á menos que (como dice Ulpiano, l. 1, § 15, tit. 3, lib. 16, Dig.) «fuera de una edad que pudiera hacerse culpable de este delito; porque si no hay mala fe de su parte, se tiene la acción contra él por aquello en que se enriqueció». No sería justo que la persona capaz que entregó un collar de diamantes á un niño de trece años tuviera derecho á reclamarlo, como si el incapaz lo tuviera, cuando lo hubiese destruído. Será necesario en estos casos ocurrir al derecho criminal para juzgar de la incapacidad de cometer el delito. Se podrá reclamar la cosa de un tercer poseedor, cuando la hubiera adquirido de mala fe; es decir, sabiendo que era ajena. Complementan esta disposición los arts. 2765 á 2767, 2771, 2775 y 2880.

Cuando la cosa se hubiera consumido ó desaparecido dejando algún provecho al incapaz, el depositante podrá reclamar aquello en que se enriqueció *in quantum locupletior factus est*, como dice Ulpiano, y el depositante debe demostrar el provecho obtenido.—Comp. DUVERGIER, *Depósito*, n° 394. DURANTON, XVIII, n° 35.

El artículo se refiere sólo al depósito hecho por una persona capaz en una incapaz, pero cuando las dos son incapaces, debe aplicarse la misma regla.—Comp. arts. 1163, 1898, 2196, 2228, 2258 y 2259.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2194.—Cód. Francés, art. 1923.—Italiano, 1842.—Holandés, 1739.—Napolitano, 1738.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2194.—El reclamante del depósito debe justificar plenamente su existencia y que el tercero depositario lo verificó á su orden.—Jur. Civ., I, 304, Sér. 5ª.



sin manifiesta injusticia; así, el contratante capaz puede demandar todo aquello que hubiere aprovechado el incapaz, sea aumentando su patrimonio, ó dejando de gastar lo que necesariamente debió emplear.

*La persona incapaz que ha aceptado un depósito de otra persona capaz ó incapaz, puede, cuando fuese demandada por pérdidas ó intereses originados por no haber puesto los cuidados convenientes para la conservación de la cosa depositada, repeler la demanda por la nulidad del contrato; pero no puede invocar su incapacidad para substraerse á la acción de la restitución de la cosa depositada (art. 2195) cuando ésta se encontrare en su poder, ni para rechazar la acción de *in rem verso*, para reembolsar todo aquello que se hubiera convertido en su provecho, sea por la enajenación de la cosa, sea por el empleo de ella en sus propias necesidades. El depositario sería aún pasible de los daños y perjuicios, si teniendo suficiente discernimiento, hubiese substraído fraudulentamente la cosa.*

(Art. 2195.) Dijimos en el artículo anterior, que las obligaciones del depositario se debían considerar bajo dos aspectos: con relación á la guarda de la cosa, y á la restitución. Sería contrario á los principios de justicia obligar á la persona incapaz á responder como depositario, como sería favorecer el robo, si por su incapacidad se le autorizara á enriquecerse á costa de otro, quedándose con la cosa depositada.

Cuando la cosa depositada existe en poder del depositario, el depositante puede pedir la restitución de ella por la *condictio sine causa*, desde que no hay contrato, y si la hubiere consumido ó aprovechado de ella el incapaz, tiene la acción de *in rem verso*, por lo que se enriqueció.

Cuando el incapaz dotado de suficiente discernimiento, *doli capax*, ha dejado de poseer por su propio dolo, la acción que corresponde al depositante por los daños y perjuicios, no nace del depósito mismo, que se considera como no existente, sino del delito de violación de depósito, y por eso es necesario ocurrir al Cód. Penal para determinar la responsabilidad.

Cuando la cosa depositada se hubiere enajenado, el precio no pagado corresponderá al depositante, haciéndose sustituir en los derechos del incapaz; si se recibió el precio y se gastó, sólo tendrá derecho á lo aprovechado por el incapaz. Y en general se debe establecer: que el in-



La persona incapaz que ha hecho un depósito, puede substraerse á las obligaciones que el contrato le impondría si el depósito fuese válido; pero queda siempre sometida á la acción de los gestores de negocios, si por consecuencia del depósito, el depositario obrando átilmente, hubiese gastado algo en la conservación del depósito (art. 2196); porque no debe enriquecerse á costa de otro; su incapacidad no lo autorizaría para lucrar con perjuicio del depositante, desde que su representante se hubiera visto obligado á hacer ese gasto, debe abonarlo; pero el depositario demostrará que ha obrado átilmente.

capaz deberá devolver todo lo recibido y aprovechado, ó conservado en su poder, con ocasión de haber dispuesto de la cosa depositada.—Comp. DUVERGIER, l. c., n° 392 y sig. AUBRY y RAU, § 402, texto y notas 2 y 3.

La nulidad puede alegarla el incapaz mientras dure la acción que se puede intentar en su contra.—Véanse arts. 1041, 1042, 1164, 1898, 2194, 2228, 2257 y 2258.

(Art. 2196.) Se ha dicho que el acto sólo puede ser anulado por el incapaz, por consiguiente, es válido para la persona capaz y sería contrario á los principios, si aquella no hubiera podido consentir. El incapaz podrá continuar con el contrato si le fuera provechoso, ó libertarse de las obligaciones que le imponía pidiendo la nulidad de él: pero anulado el acto, ¿qué acción correspondería al depositario por los gastos para la conservación de la cosa? Pothier sostiene, que la de *negotiorum gestor*, porque no ha existido depósito verdadero, y el Cóligo ha seguido con razón esta opinión apoyada por Aubry y Rau, § 402, mientras algunos dicen, que debe ser la de *in rem verso*, colocándolo en peor condición al depositario, pues debe probar la utilidad de lo gastado. El que toma en depósito la cosa de un incapaz de manifestar su consentimiento, se encuentra en el mismo caso del que sin mandato se encarga del negocio de otro, y puede repetir los gastos de la gestión y los intereses desde el día que lo hizo. ¿Cuál ha sido la intención del depositario? Privar que el incapaz destruyese ó perdiera la cosa, administrándola en su provecho; por consiguiente, no debe tener la acción de *in rem verso*, sino la del gestor de negocios.—Comp. arts. 2193, 2197, 2288 y 2298.

¿Qué capacidad debe tener el depositario? ¿Le bastará la de administrar como al deponente? Guillaouard, n° 31, dice: la capacidad de administrar no basta al depositario, pues él hace un servicio gratuito y se obliga á conservar la cosa que le ha sido confiada; necesita, pues, la



El depósito no puede ser hecho sino por el propietario de la cosa, ó por otro con su consentimiento expreso ó tácito (art. 2197); pero esto se debe entender en el sentido de que el depósito no ligará al dueño, ni le impedirá reclamar la cosa depositada por otro, sino en el caso de haber consentido en el acto.

capacidad de obligarse; por consiguiente el menor, el interdicto y la mujer casada no pueden recibir en depósito. ¿Podrá hacerlo la mujer divorciada y el menor emancipado? Baudry-Lacantinerie y Wahl, así como Guillaouard sostienen la negativa que no es admisible por nuestro derecho. La mujer divorciada recobra su capacidad y no tiene más limitación que la de no poder enajenar sus bienes raíces, así como el menor emancipado, que solo no puede hacer lo que le está prohibido por el art. 135, siendo capaz para lo demás.

«Así, el incapaz (refiriéndose á los demás) que ha enajenado la cosa depositada ó bien la ha perdido ó dejado perecer por falta de cuidados, escapará á toda responsabilidad en razón de estos hechos pidiendo la nulidad del contrato. Una vez pronunciada esta nulidad, el depositante no tendrá contra el incapaz sino una acción de reivindicación, si posee aún la cosa; éste es el lenguaje de la ley», dicen BAUDRY-LACANTINERIE Y WAHL, n° 1036.

(**Art. 2197.**) Generalmente se depositan las cosas por el que es propietario, pero no es de absoluta necesidad; puede hacerlo el simple tenedor; esto no privará en manera alguna al propietario para reivindicar su cosa, y mientras no lo hiciere, las relaciones del depositante y depositario continuarán como si fuere propietario: así, la cosa debe entregarse al depositante, salvo el derecho del depositario para hacer saber al propietario que la tiene en su poder, cuando descubriese que la cosa fué hurtada, art. 2215.

El artículo no excluye la facultad de depositarla que tienen todos los que poseen la cosa con un derecho fraccionario de la propiedad, como el de uso ó goce; así el arrendatario puede depositar la cosa, sin que el propietario tenga derecho á reclamarla. Si alquiló un carruaje por un año, puede depositarlo por la temporada de verano en una cochería, sin

Nota del Dr. Velez-Sarsfield á los arts. 2195 y 2196.—Aubry y Rau, § 402.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2196.—El depositante de un menor, carece de personería para oponerse á su entrega.—Jur. Civ., III. 334. Sér. 2°.



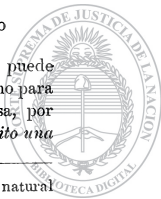
Como no es de absoluta necesidad ser propietario de una cosa para depositarla en poder de otro y obligarlo como depositario, de ahí resulta que, *el depósito hecho por el poseedor de la cosa, es válido entre el depositante y el depositario (art. 2198)*, y éste no puede negarse á entregar la cosa so pretexto de que el depositante no es el propietario.

que el propietario pueda oponerse. — Comp. DUVERGIER, *Depósito*, n° 387. PONT, al art. 1922.

El Cód. Francés, art. 1922, dice con más exactitud: «el depósito voluntario no puede ser *regularmente* hecho, etc.,» indicando así que no es necesario ser propietario de la cosa para la validez del depósito, como lo indica el artículo siguiente. — Comp. GUILLOUARD, n° 31.

(**Art. 2198.**) El presente artículo aclara el art. 1922, del Cód. Francés, que sólo autoriza el depósito al propietario y que es nuestro artículo 2197, dándole su verdadero alcance; así, el depósito hecho por el que no es propietario ó sin su consentimiento, no obstante de producir obligaciones entre depositante y depositario, en manera alguna liga al propietario, quien puede demandarlo del depositario, cualquiera que sean las cláusulas bajo las cuales se la hubieran depositado. El Código, al facultar al simple poseedor de la cosa para depositarla, ha reconocido el hecho material de la tenencia, que puede ser prolongada por la simple voluntad del tenedor. El arrendatario, el usufructuario ó usuario, y aun el acreedor prendario, pueden depositar la cosa en manos de una tercera persona, y aun en poder del mismo dueño, quien estará obligado como depositario á devolverla. Más aún, creo que el ladrón puede depositar la cosa robada, y hacer nacer en su provecho, contra el depositario, la acción del depósito, salvo el derecho de éste para hacer saber al dueño ó á la autoridad á fin de que tomen intervención: pero no podrá resistirse á devolverla, ni substraerse á las obligaciones contraídas como depositario, aunque demostrase que el deponente no era propietario de ella. El principio consignado en este artículo, no es una excepción del anterior, sino una justa aplicación del alcance que debe dársele, que es este: para que el depósito obligue al propietario, es necesario que sea hecho por él ó con su consentimiento, pues de otro modo puede reclamar la cosa. —Comp. TROPLONG, l. c., n° 39. AUBRY y RAU, § 402, texto á la nota 5. — Véanse arts. 1199, 1674, 2215, 3316.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2197.—Regla 13, Tít. 34, Part. 7ª.—Código Francés, art. 1992 (1922).—Italiano, 1840.



Es necesario distinguir las acciones que el depositario puede ejercitar contra el propietario, de aquellas que tiene derecho para deducir contra el exponente que no fuera dueño de la cosa; por eso dice el **art. 2199**: *la persona que ha recibido en depósito una*

(**Art. 2199.**) El presente artículo es un desenvolvimiento natural del anterior, y una aplicación lógica del art. 2197. Se trata, por ejemplo, de una cosa prestada que el comodatario ha depositado en poder de una tercera persona, que sabía no era de propiedad del depositante. ¿Cuál es el derecho del depositario respecto del propietario que se la reclama directamente? Como el propietario no se la ha depositado y el depositante sabía que la cosa no era del deponente, no ha podido ligarlo por las acciones que nacen del depósito; en ese caso la ley no le concede acción alguna contra el dueño, y hasta le niega el derecho de retención por los desembolsos hechos con ocasión del depósito. ¿Por qué ligaría al propietario á los resultados de un contrato que no ha celebrado? No se habla de cosas hurtadas ó robadas, aunque pueden estar comprendidas, ni de castigar la complicidad, porque el mismo efecto produciría en el depósito hecho con derecho por el poseedor de la cosa; de lo que se trata es de no ligar al propietario al resultado de un contrato, no celebrado por él, y que no debe impedirle recobrar su cosa. Tampoco es aplicable sólo al depositario de mala fe, aunque puede estar comprendido, porque no hay mala fe en entregar en depósito la cosa que uno posee legítimamente y que pertenece á otro, desde que la ley autoriza y regula el contrato, obligando al depositario como en los casos en que hubiera sido propia.

La posición del depositario al recibir la cosa creyendo que era del depositante, varía por completo en razón de su ignorancia, y le da derecho para exigir del propietario reclamante los gastos y desembolsos realizados por el depósito. El conocimiento del depositario de que la cosa pertenece á otro le priva de ese derecho, no porque tenga mala fe, que no existe en este caso, sino porque no ha sido su intención obligar al propietario, sino al tenedor de la cosa; su derecho contra el propietario se limita al que tendría el gestor de negocios que la ha administrado útilmente. Así es como se explica la incongruencia que parece existir entre este artículo y el 2440, que concede al poseedor de mala fe el derecho de retención por los gastos necesarios hechos en la cosa y



cosa como propia del depositante, sabiendo que no le correspondía, no puede ejercer contra el propietario ninguna acción por el depósito, ni puede retener la cosa depositada hasta el pago de los desembolsos que hubiere hecho, á menos que por el hecho mismo del depósito hubiera obrado útilmente en favor del propietario, en cuyo caso podía deducir en su contra, no la acción de depósito, sino la del gestor de negocios, que en cualquier caso y contra cualquier propietario la puede ejercitar, cuando se ha hecho un beneficio administrando los bienes ajenos.

§ 609. — FORMA DEL CONTRATO DE DEPÓSITO

El depósito como contrato real no está sujeto á ninguna formalidad exterior, puede ser hecho verbalmente ó por escrito, por

se la niega al depositario que sabía que la cosa depositada era ajena, colocándolo al parecer en la misma categoría del que la hurtó. El derecho de retención negado por la ley, es por los gastos de depósito, no por los necesarios hechos en la cosa misma. Aubry y Rau, § 402, nota 4, de donde fué tomado nuestro artículo, explican perfectamente el pensamiento dominante, cuando niegan al depositario contra el propietario la acción *depositi contraria*, concediéndole la de *negotiorum gestor*, por los gastos hechos, cuando ha dirigido el negocio útilmente para el propietario. Algunos creyendo que se trataba sólo de depositarios de mala fe, han ideado la explicación siguiente: «cuando el depositario ignoraba que la cosa era ajena, debe cobrar los gastos porque los ha introducido en la misma cosa objeto de la reivindicación, y esos gastos aprovechan al dueño: en el 2º por el contrario, la deuda viene de un contrato, que en nada aprovecha ni atañe al dueño de la cosa», cuando esta razón de - aparece con sólo suponer el caso anterior, hablándose de gastos, hechos en lo misma cosa. La razón es, porque en un caso se ha tratado con el que no era dueño de la cosa conociendo su posición y sin intención de obligar al propietario, mientras en el otro se ha creído tratar con el mismo dueño, y obligarlo. Pont al art. 1922, nº 400, al fin, explica perfectamente estas diversas posiciones. — Véase DURANTON, XVIII, nº 27, y nuestros arts. 2186 y 2197.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2199.—Aubry y Rau, § 402, nota 4.—Duranton, tomo 18, nº 27.

Fallo de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2199.—El poseedor á título de depositario no tiene buena fe.—Jur. Civ., I, 189, Sér. 1ª.



eso dice el **art. 2200**: *la validez del contrato de depósito no está sujeta á la observancia de ninguna forma particular*, sin embargo, como los demás contratos está sujeto á la disposición del art. 1193, por eso dice el (**art. 2201**, 1ª parte): *el contrato de depósito no puede ser probado por testigos, sino cuando el valor de la cosa depositada no llegare sino hasta doscientos pesos*; entendiéndose que se habla del depósito voluntario, pues, el necesario puede demostrarse por todos los medios de prueba, como un hecho cualquiera.

Si excediese esta suma (la de 200 \$) y el depósito no constase por escrito, el que es demandado como depositario es creído sobre su declaración, tanto sobre el hecho del depósito como sobre la identidad de la cosa y restitución de ella (**art. 2201**, 2ª parte); así,

(**Art. 2200.**) Es necesario no confundir la *forma* con la *prueba*; pues, aquella se refiere al conjunto de solemnidades creadas por la ley para que un acto se tenga por realizado, y esta á la manera de realizarlo. Cuando se dice que el depósito no tiene forma particular, se indica solamente que de cualquier modo que se realice se tendrá como tal, por consiguiente el depósito hecho sin documento alguno será válido; en cuanto á su prueba, como veremos en el artículo siguiente, no puede hacerse por testigos cuando excede la tasa legal.—Véase **ATBRY** y **RAU**, § 402, texto entre las notas 5 y 6.—Comp. arts. 837, 1662, 2006 y 2263.

(**Art. 2201.**) El artículo ha olvidado los casos en que el depósito se hace en caja ó saco cerrado, cuando se trata de un *hecho* y no de valores; por eso **Freitas**, art. 2625, dice: «si el depósito es regular todas las pruebas serán admitidas aunque el valor exceda de la tasa legal». Parece que en esos casos no quedaría al depositante otro recurso que el deducir la acción reivindicatoria, demostrando la propiedad de la cosa y la mala fe del poseedor, sin que pueda dar prueba alguna testimonial que se refiera al depósito. Creo que la testimonial sería admitida si hubiera un principio de prueba escrita.

Téngase presente que se puede burlar la disposición de este artículo ocurriendo á la justicia criminal, desde que el art. 203, n° 6, Cód. Penal, declara delito del derecho criminal y pasible de pena, «á los que nieguen

Fallois de la S. C. N.—Aplicación del art. 2200.—Aun cuando el contrato de depósito no pueda probarse por testigos cuando excede de doscientos pesos fuertes, sin embargo la prueba será completa si concurre la confesión del depositario.—XIII, 175.

bastará que afirme haberlo devuelto para que se tenga como cierto; porque constando el hecho de la sola confesión del depositario, esta debe tomarse en su integridad sin dividirla.

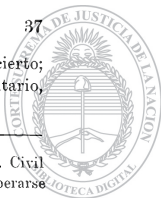
haber recibido cosas que se les hubiere dado *en depósito*, y el Cód. Civil no declara estos casos como acciones perjudiciales en que deba esperarse la decisión de los tribunales civiles, resultaría que el depositante que no tiene sino prueba testimonial, iría á los tribunales del crimen y recobraría su cosa, haciendo castigar al que la tenía, cuando la ley civil le niega toda acción; por eso creo que los jueces correccionales ó del crimen deberán tener presente la disposición de este artículo.

Respecto de la prueba escrita hay motivos legítimos para dudar de la justicia con que algunos códigos la han impuesto; porque siendo el depósito un contrato en que el depositario presta un servicio de amistad, parece impropio exigirle documentos, mostrándole desconfianza, y por eso nuestro Código separándose del Francés, art. 1923, no la pide. Cuando el depositario alegare que tiene la cosa por donación ú otro título cualquiera, el depositante no podría demostrar; por la prueba testimonial, que la tiene por depósito, pues, sería ir en contra de la letra y espíritu del artículo que ha prohibido semejante prueba. Hemos explicado esta parte en la nota al art. 1817.

Cuando no existe prueba alguna, el depositante, decía el tribuno Favard, ha seguido la fe del depositario, *totum fidei ejus commissum*, se ha entregado á su moralidad, en la que puede haber tenido demasiado confianza, pero que no puede rechazar; él sólo es culpable de su imprudencia (Locré, XV, 132) y entonces la declaración del depositario, reemplazando á la confesión judicial, no puede ser dividida contra el que la hizo, á condición de que los diversos elementos de que se compone tengan una relación íntima entre sí y se refieran al depósito; sucede entonces, como en el caso en que el depositario abre la caja cerrada ó rompe los sellos de lo que se le dió en depósito, en que el depositante será creído bajo juramento sobre su contenido. La ley limita los efectos de la declaración; así hará fe con relación *al hecho del depósito*, es decir, sobre si hubo ó no depósito.

Sobre la *identidad de la cosa*, es decir, que confesado el depósito, si el depositante afirma que había otras cosas más, no deberá ser creído; lo mismo sucederá si el depósito fuere irregular, con respecto á la cantidad recibida. Con relación á la *restitución* de la cosa, cuando el depositario confesando el depósito afirmase que había restituido la cosa.

El artículo es una excepción al derecho común, en cuanto á que la





La prueba del depósito, cuando excediere de la tasa legal, puede ser dada por testigos, si hubiere principio de prueba por escrito, como lo dispone el art. 1191; pero no puede obligar á declarar al demandado, y el silencio de éste no lo tomará como una respuesta, porque no está obligado á proporcionarle la prueba.

simple declaración de una de las partes basta para hacer fe. No creo que se pueda negar al depositante el derecho para deferir al juramento del depositario, pues, la única prueba no admitida es la de testigos. —Comp. TROPLONG, al art. 1923 y 1924. DURANTON, XVIII, n° 29, y AUBRY y RAU, § 402, texto á las notas 6 y 7. FREITAS, art. 3625, y GOYENA, art. 1665. —Comp. arts. 1191, 1192, 1817, 2200, 2238 y 2263.

El escrito privado donde consta el depósito ¿debe ser sometido como los contratos bilaterales al doble ejemplar exigido por el art. 1021? Guillouard, n° 43, enseña, que siendo el depósito un contrato unilateral no está sometido á aquella disposición. Baudry-Lacantinerie y Wahl, n° 1044, sólo admiten como contrato sinalagmático al depósito salariado, y exigen en ese caso la formalidad.

Por nuestro derecho se debe considerar el contrato como imperfectamente sinalagmático, y no habrá necesidad de un doble ejemplar, aun en el caso de haberse ofrecido espontáneamente una remuneración. En efecto: el depositante no tiene obligación alguna antes de entregar el depósito, y las que nacen con ocasión de él están probadas con el depósito mismo.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2201.—El contrato de depósito no está subordinado á forma particular alguna y se considera consumado en el hecho de estar en poder del depositario la cosa del deponente.—XIII, 176.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2201.—El depositario sin contrato escrito, por un valor que exceda de doscientos pesos fuertes, debe ser creído sobre su declaración, tanto respecto al monto, como cuanto sobre la forma y plazo para su restitución, y no está obligado á abonar intereses por su uso si no consta expresamente que le estaba prohibido.—Jur. Civ., II, 281, Sér. 1ª.

La prueba testimonial no es bastante para justificar la existencia de un depósito voluntario que exceda de doscientos pesos.—Jur. Civ., II, 45, Sér. 1ª.

El contrato de depósito voluntario puede justificarse por testigos si existe un principio de prueba escrita.—Jur. Civ., I, 304, Sér. 5ª.

CAPÍTULO II

DE LAS OBLIGACIONES DEL DEPOSITARIO EN EL DEPÓSITO REGULAR

§ 610.—DE LAS OBLIGACIONES PARA LA CONSERVACIÓN DE LA COSA



Siendo el depósito un acto de confianza de parte del depositante, y un acto de amistad por parte del depositario, unos y otros tienen sus obligaciones recíprocas que nacen las unas del hecho de recibir la cosa en guarda, y las otras por los actos que el depositario hubiere realizado para conservar la cosa.

Corresponden al que toma la cosa en depósito, las obligaciones siguientes:

1° *El depositario está obligado á poner las mismas diligencias en la guarda de la cosa depositada, que en las suyas propias (art. 2202);* pero esta regla se debe aplicar teniendo en cuenta,

(**Art. 2202.**) Se rechazó con razón la teoría de las faltas, reduciéndolas á lo que puede suceder en cada caso especial, sin tratar de comprenderlas bajo un patrón común, lo que es un verdadero adelanto, y el presente artículo nos da como regla de criterio para juzgar de la responsabilidad del depositario, que debe poner el mismo cuidado que en sus propias cosas; porque siendo un servicio, se debe suponer la intención de ofrecer el cuidado que ordinariamente pone en sus cosas, sin imponerse una vigilancia mayor. La regla debería conformarse con los hábitos de la persona, y las circunstancias especiales, sin que sea permitido trazar un tipo general y abstracto al que deba sometersele.

En caso de un accidente cualquiera que pusiera en peligro sus propias cosas y las depositadas, no tendrá responsabilidad alguna por haber salvado las suyas, á diferencia del comodato en que debe salvar



no la conducta variable de los individuos respecto de sus propias cosas, ni la diligencia ordinaria que pone un buen padre de familia, cuya regla de criterio ha sido abandonada por nuestro Código, sino aquel cuidado que se traduce en poner la diligencia que requiere la conservación de la cosa, según las circunstancias de cada caso. Pero el depositario no responde de los acontecimientos de fuerza mayor ó caso fortuito, sino cuando ha tomado sobre sí los casos fortuitos ó de fuerza mayor, ó cuando estos se han ve-

la agena con preferencia, porque en este tiene las cosas usándolas gratuitamente en su beneficio, mientras en el depósito las tiene en beneficio de otro; sin embargo, cuando los objetos depositados fueran de un valor muy superior á los suyos propios, los autores le hacen responsable de no haberlos salvado con preferencia, porque debiendo poner las mismas diligencias que en los suyos, es claro que los habría salvado primero, si le hubieran pertenecido (Pothier, *Préstamo*, n.º 26, y Pont, al art. 1927, n.º 427); pero no me parecen muy concluyente estas razones, para decidir de una manera tan absoluta, sentando una regla general; más conforme con la verdad sería dejar al criterio de los jueces el decidir en cada caso especial. Y para justificar la regla, dan derecho al depositario para reembolsarse de la pérdida sufrida en la cosa propia, con parte del valor de la salvada. Donde la regla falla es cuando hubiera varias cosas depositadas, porque no se le puede hacer responsable de las unas por la preferencia dada á la otra, cuando no ha podido apreciar su importancia ó las ha juzgado mal. La convención puede alterar naturalmente las obligaciones del depositario y libertarlo de la pérdida, pero jamás dispensarlo del dolo.

Nuestro Código no hace diferencia entre las obligaciones del depositario que ha sido buscado y el que se ha ofrecido para guardar la cosa, separándose de la l. 1, § 35, tít. 3, lib. 16, Dig., que fué seguida por el Cód. Francés, art. 1928; guarda igualmente silencio y no le impone mayores obligaciones, cuando se hubiere ofrecido espontáneamente una remuneración, ni cuando el depósito se hiciere en provecho sólo del depositario, como sucedería en el caso de objetos muebles no consumibles cuyo uso le fuera concedido. Si por la convención puede librarse al depositario de toda responsabilidad que no provenga de su dolo, del mismo modo puede imponérsele que responda hasta en los casos fortuitos. Freitas, art. 2654, hace responsable al depositario, cuando pudiendo salvar todas las cosas de diversos depositantes, prefirió deliberadamente unas y sacrificó las otras, y así debe decidirse. La Suprema Corte ha de-



rificado por su culpa, ó cuando se ha constituido en mora de restituir la cosa depositada (art. 2203); porque en todos estos casos ha tomado sobre sí el riesgo.

cido que el depositario está autorizado á vender lo indispensable, para sufragar los gastos necesarios de conservación, siempre que se haga á los precios corrientes ó mayores. — Comp. AUBRY y RAU, § 403. PONT, al art. 1927. POTHIER, l. c., n^{os} 26 y sigt. FREITAS, art. 2631. Cód. DE CHILE, art. 2222. GOYENA, art. 1669. — Véanse arts. 512, 513, 902, 909, 1724, 2203, 2463 y 2531.

(**Art. 2203.**) El depositario es un mero tenedor de la cosa que continua perteneciendo al deponente á quien le presta un servicio: ésta consideración ha hecho poner en duda á algunos autores como Pont, sobre la validez de la estipulación que le obligase al caso fortuito; pero nuestro Código aceptando los principios del derecho romano, ha confirmado tales estipulaciones. Creo que habría sido conveniente permitir las sólo cuando el depósito se haya hecho en beneficio del depositario ó en beneficio de ambos; porque si lo fué en favor del deponente, semejante cláusula sería, á no dudarlo, una liberalidad disfrazada.

Cuando nada se ha estipulado sobre la responsabilidad en los casos de fuerza mayor, no debe prestarla con excepción de los siguientes: 1^o, cuando hayan sobrevenido estando constituido en mora; 2^o, cuando hubieren provenido por culpa del depositario. Respecto del 1^o, la l. 12, § 3, tit. 3, lib. 16, Dig., dice: «el depositario corre los riesgos de la pérdida de la cosa que se le ha depositado, desde el día de la demanda, *si en ese tiempo* estaba en estado de entregarla, y se rehusó á hacerlo. Con relación al 2^o, el caso fortuito debe ser el resultado de la culpa y se diferencia de la mora que es una especie de culpa. Cuando el depositario ha demostrado el caso fortuito que destruyó la cosa, queda liberado, á menos que el depositante demostrase que provino por culpa del depo-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2202. — L. 3, Tit. 3, Part. 5^a. — LL. 2 y 4, Tit. 15, Lib. 3, F. R. — Cód. Francés, art. 1927. — Italiano, 1843. — Aubry y Rau, § 403. — Es explícita la L. 32, Tit. 3, Lib. 16, Dig. — Pero no se puede decir del depositario lo que se dispone respecto del comodatario, que en un caso de peligro para sus cosas y las cosas depositadas, deba como el comodatario, salvar primero las ajenas que las suyas porque el comodato es á favor del comodatario, y el depósito á favor del deponente, y no del depositario. La L. 2, Tit. 15, Lib. 3, F. R., contiene una disposición singular, ordenando que si en un caso dado, se pierde la cosa depositada, y no se pierde ninguna cosa del depositario, debe este pagar al deponente la cosa perdida.



2° *Es obligación del depositario dar aviso al depositante de las medidas y gastos que sean de necesidad para la conservación de la cosa, y de hacer los gastos urgentes, que serán á cuenta del depositante; faltando á estas obligaciones, es responsable de las pérdidas é intereses que su omisión causare (art. 2204);* así es que

sitario; prueba innecesaria cuando se encuentra en mora; pero en este caso si el depositario demostrase que la cosa hubiera perecido, aun en poder del deponente, quedará liberado. Troplong, al art. 1929, n° 95, dice: «en cuanto á la prueba de la fuerza mayor abrazará ciertos hechos que no estén en realidad comprendidos, si se demostrase que los acontecimientos han tenido lugar en circunstancias más fuertes que la previsión habitual, y me parece aceptable esta teoría dejando á los jueces el determinar las responsabilidades». — FREITAS, art. 2633. Cód. DE CHILE, art. 2230. PONT, l. c., n°s 437 y sig. AUBRY y RAU, § 403, texto entre las notas 2 y 3. — Véanse arts. 508, 513, 584 á 587, 904, 909 y 2210.

El pillaje y la violencia ¿se deben comprender en los casos de fuerza mayor? Guillouard, n° 60, sostiene que si el mobiliario del depositario ha sido pillado, se debe suponer que el objeto depositado lo fué también, y que no es responsable de su desaparición; lo mismo se debe decir en caso de incendio ejecutado por el enemigo como un acto de guerra; en los otros casos de incendio, dependerá de la causa que ha dado lugar á él, si hubo culpa por parte del depositario.

La cuestión de saber si el robo debe comprenderse entre los casos fortuitos dependerá de las circunstancias. En la jurisprudencia francesa el robo con violencia se ha reputado como caso fortuito. — Comp. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, n°s 1072 y sig., y GUILLOUARD, n°s 60, 62 y 77.

(Art. 2204.) El depositario responderá por el deterioro de la cosa

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2203. — L. 4, Tit. 3, Part. 5ª y LL. 1, y 10, Tit. 15. Lib. 3, F. R. — Cód. Francés, art. 1929, y sobre él Troplong.

Fallo de la S. C. N. — Aplicación del art. 2203. — El depositario debe poner en el cuidado de las cosas depositada el mismo cuidado que en las suyas propias, y no responde del caso fortuito ó fuerza mayor sino cuando estos acaecen por su culpa. — XIII, 176.

La prueba del caso fortuito ó fuerza mayor y de la inculpabilidad corresponde al depositario. — XIII, 176.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2203. — Al depositario judicial que alega el caso fortuito en que pereció la cosa, corresponde justificarlo plenamente. — Jur. Civ., VII, 401, Sér. 6ª.

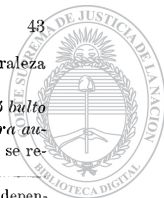
serán cuestiones de hecho que se resolverán según la naturaleza de la cosa depositada y los cuidados que exigiera.

3° *La obligación del depositario de conservar la caja ó bulto cerrado, comprende la de no abrirlo, si para ello no estuviera autorizado por el depositante (art. 2205),* entendiéndose que se re-

depositada, proveniente de su culpa ó de la de sus agentes ó dependientes, así como por no habérsela devuelto ó entregado á otro. cuando en su poder corriera un peligro inminente; en una palabra, debe poner el mismo cuidado que en sus propias cosas. Sus obligaciones no se limitan á guardar la cosa, es necesario tenerla en buen estado, y por consiguiente debe hacer los gastos urgentes, ó que no admiten demora, informando al deponente de los que sean necesarios para la conservación, y puede hacerse reembolsar todos los gastos teniendo el derecho de retención. Los daños y perjuicios en caso de pérdida de la cosa se limitarán al pago del valor de esta en el momento en que debía entregarla; en caso de deterioro ó pérdida parcial, á la disminución del precio. —FREITAS, art. 2632. —Comp. arts. 902, 909, 1544, 1647, 1948, 2218, 2224, 2281, 2287, 2463 y 2466.

(Art. 2205.) Si abriese la caja ó bulto cerrado que se le hubiere entregado, cometerá un acto doloso y será responsable por su contenido, debiendo ser creído el depositante bajo su solo juramento. Sin embargo, este principio no debe considerarse de una manera absoluta, porque como dice Duvergier (*Depósito*, n° 449), podrá hacerlo en circunstancias extraordinarias, en el interés mismo del depositante, comunicando á terceros su contenido. Si la violación cometida causara perjuicio al depositante, debería satisfacerlo; en caso contrario nada deberá. —Comp. TROPONG, l. c., n° 108. ZACHARLE, § 736, nota 6, y FREITAS, arts. 2637 y 2639. —Véanse arts. 2188, n° 2, y 2206.

El art. 1931, Cód. Francés, es más claro, cuando dice, «el depositario no debe tratar de conocer las cosas depositadas, si le fueran confiadas en caja cerrada ó en paquetes lacrados». Cuando nuestro artículo habla de las cosas depositadas en caja ó bulto cerrado, no se limita á esas formas únicamente, y se deben tomar como meros ejemplos; de cualquier modo que conste evidentemente la voluntad del depositante de ocultarlas, debe respetar esa voluntad. La opinión de Pothier seguida posteriormente por Laurent, XXVII, 104, Baudry-Lacantinerie y Wahl, n° 1086, y Guillouard, n° 67, ha quedado definitivamente consagrada: el depositario no debe tratar de conocer las cosas depositadas, si el deponente ha querido tenerlas ocultas.





fiere á los casos del art. 2188, n° 3, y la contravención se debe considerar como un abuso de confianza; pero *esa autorización en caso necesario se presume, cuando la llave de la caja cerrada le hubiere sido confiada al depositario; y cuando las órdenes del depositante respecto del depósito, no pudieran cumplirse sin abrir la caja ó bulto depositado (art. 2206)*; porque en uno y otro caso

(**Art. 2206.**) Naturalmente, la presunción no puede ir contra la verdad de los hechos: si al entregar la llave prohibió expresamente abrir la caja, y consta del documento del depósito, se deben considerar como dos depósitos, uno de las cosas encerradas en la caja, el otro de la llave de que no podrá hacer uso. La interpretación que algunos dan al art. 2189, n° 2, no resiste en presencia del presente. No hay un depósito *irregular*, ni las cosas pertenecen al depositario, porque si bien el art. 2188, n° 2, exige como precaución que no se entreguen las llaves de la caja para que el depósito se considere *regular*, también lo es que esas llaves pueden *depositarse* en poder del mismo depositario, y lo que la ley ha querido es no confundir dos situaciones diferentes: cerrar una caja y entregarla con las llaves, ha dicho, importa facultar al depositario para usar de la cosa; pero cerrarla y *prohibir* que se abra, entregando en depósito la llave al mismo depositario, no puede dar lugar á semejante presunción, sería ir en contra de la voluntad expresa del depositante: es cierto que el art. 2189, n° 2, dice que el depósito es irregular, aunque se prohíba su uso, pero es refiriéndose á las cosas que se consumen por el uso y que una vez entregadas no pueden distinguirse en su individualidad; sería un error confundir esas cosas con las que se entregan en caja cerrada, prohibiendo usarlas, aunque se depositen las llaves en poder del depositario. El Dr. Llerena apoya con muy buenas razones esta opinión.

Para que la presunción pueda tener lugar con relación á las órdenes dadas por el depositante, es necesario que no haya otro modo de cumplirlas sino abriendo la caja; pero si esas órdenes se dieran renovando la prohibición de no abrirla, el depositario no deberá hacerlo, dejando sin cumplirlas, si no pudiera ejecutarlas de otro modo. — FREITAS, art. 2638.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2205. — Zacharia, § 783. — Pothier, n° 38 y siguientes. — Pont, n° 449 y siguientes. — L. 1, § 38, Dig. *De Depósit.*

Fallos de la S. C. N. — Aplicación del art. 2205. — El que demanda arca cerrada ó sellada, no está obligado á probar la cantidad ó cosa que contenía, en caso de haber sido abierta por el depositario ó por su culpa, debiendo estarse entonces á la manifestación jurada que haga el deponente. — XIII, 176.



se supone con razón, que el depositante ha consentido en la apertura de la caja ó bulto para atender mejor á su conservación, ó para salvar los efectos contenidos.

4° *Si por la autorización expresa, ó presunta del depositante, ó por cualquier otro acontecimiento, el depositario llegare á saber el contenido del depósito, es de su obligación guardar el secreto, so pena de responder de todo daño que causare al depositante, á menos que el secreto por la calidad de la cosa depositada le expusiese á penas ó multas (art. 2207);* pero esta obligación quedará las más de las veces sin efecto, porque abraza casos muy especiales y raros.

5° El depositario *no puede servirse de la cosa depositada sin el permiso expreso ó presunto del depositante (art. 2208, 2ª parte), porque el depósito (regular) no transfiere al depositario el uso de la cosa (art. 2208, 1ª parte);* sin embargo, *si el depositario usare*

(**Art. 2207.**) La obligación del depositario es de guardar la caja ó bulto cerrado sin averiguar su contenido; así como tratándose de cualquier otra cosa que el depositante quisiera tener oculta, y le fuera confiada, no deberá hacerla conocer á los otros. Pothier, dice: «cuando aquel que ha dado en depósito cosas que por su naturaleza deben tenerse ocultas... le ha dado conocimiento al depositario del depósito, la fidelidad que debe le ordena no dar conocimiento á los demás: por ejemplo, cuando alguien me da su testamento abierto para que lo guarde, me da tácitamente la autorización para que lo lea, pero cometería una infidelidad haciéndolo leer por otro». Aunque el artículo habla sólo de autorización expresa ó tácita, sin legislar el caso en que el mismo depositario le comunicase el contenido, sin embargo, el secreto debe guardarse como en los casos propuestos. La excepción se refiere á aquellas cosas dadas en guarda, que por las ordenanzas municipales ó decretos de los gobiernos no pudieran mantenerse ocultas, como si se tratase de armas con el sello de la nación que se reclamasen, ó cuando descubriese que la cosa le causare algún peligro, art. 2184, que puede devolverla, manteniendo el secreto.—FREITAS, art. 2640. — Véase TROPLONG, al art. 1931. PONT, al art. 1931, n° 448.—Comp. arts. 2184, 2215 y 2280.

(**Art. 2208.**) Se trata del depósito regular en que la propiedad per-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2207.—Cód. Francés, art. 1931, y Troplong, sobre dicho artículo. — Pont, sobre el mismo artículo, n° 448 y siguientes.



la cosa depositada, sin consentimiento del depositante, es responsable por el alquiler de ella desde el día del contrato como locata-

tenece al depositante, aunque se autorice el uso de la cosa; pero teniéndose presente que sólo puede tener este efecto tratándose de cosas inmuebles ó muebles no consumibles, porque si le fueran entregadas cosas fungibles en saco ó bulto cerrado, una vez autorizado su uso, el depositario adquiere la propiedad de ellas. Lo más natural habría sido que cuando se autoriza el uso de cosas no consumibles se considerase comodato y rompiendo con estas sutilezas del derecho, se debió reputar como un préstamo, cuando fueran cosas consumibles ó dinero, entregado sin las precauciones del art. 2188, n° 2, aunque se haya prohibido su uso. Si la autorización del uso es expresa, no hay dificultad alguna haciendo la diferencia notada; pero la presunta ó tácita que resulta de hechos ó actos del deponente, quedará reducida á una averiguación que no puede ser sometida á una regla general; se averiguará las relaciones de amistad entre depositante y depositario, la naturaleza del objeto y el interés que puede tener el deponente en que pueda ó no ser usada la cosa, pues como dice Pothier, «si se deposita un perro de caza, se presume que se le autoriza para hacerle cazar, porque es útil mantenerle en el hábito de la caza». La autorización *presunta* de que habla este artículo como el anterior, se refiere á la *tácita* por contraposición á la expresa. — Cód. FRANCÉS, art. 1930. TROPLONG, l. c., n° 100. POTHIER, l. c., nos 36 y 37. — Comp. arts. 2188, 2189, 2206, 2209, 2221, 2255 y 3226.

¿Cuándo se presume la autorización para usar de la cosa? Es una cuestión de hecho. Como regla general se debe decir, siguiendo á Guillaouard, n° 66, que la autorización se presume más fácilmente cuando las cosas no se deterioran por el uso, y con más razón cuando el uso perfecciona la cosa y la da mayor valor, como un violín, que adquiere mayor precio por el uso que se haga de él. Pothier trae el ejemplo de una biblioteca depositada por un sabio en poder de uno de sus amigos. — Comp. BRAUDY-LACANTINERIE y WAHL, n° 1079.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield, al art. 2208. — Cód. Francés, art. 1930. — Italiano, 1846. — Sardo, 1964. — De Luisiana, 2911. — Holandés, 1749. — LL. 1 y 21, Dig., *De Dépôt*. — Troplong, *Dépôt*, n° 100. — Pothier, n° 36 y 37. — El Cód. de Austria, art. 959, dice: «Cuando el depositario tiene permiso para servirse ó usar de la cosa depositada, el contrato cambia de naturaleza, y ya no es depósito sino préstamo ó comodato.» Goyena, sobre el art. 1670 de su Proyecto, opina lo mismo, fundándose en las Leyes Romanas y de Partida que cita, las cuales en verdad no desnaturalizan el acto por permitirse al depositario el uso de la cosa. El depósito de una cosa mueble, no consumible, no



rio, ó pagará los intereses de ley como mutuario á título oneroso, según fuese la cosa depositada (art. 2209), convirtiéndose así el depósito en mutuo ó locación por sólo la voluntad del depositario, lo que sería incorrecto y falso, bajo el punto de la vista de los principios, por eso debe equipararse al locatario ó mutuario respecto á la obligación de pagar el uso de la cosa, respondiendo como depositario en lo demás.

(**Art. 2209.**) En verdad que hay un delito de abuso de confianza castigado por el art. 203, n° 6, del Cód. Penal, por esa razón deben ponerse en armonía ambas legislaciones, pues si el que usa del depósito cuyo uso le fué negado, debe ser considerado como locatario, no hay razón para castigarlo; por eso Freitas, art. 2641, de donde fué tomado el nuestro, dice: «no incurre por este hecho en un crimen».

Se ha discutido largamente sobre la razón de la disposición adoptada por nuestro Código, para cobrar los intereses del dinero usado, y la que parece más fundamental es la de Doneau, que considera al que ha cometido esta clase de delito, como incurso en mora de entregar la cosa desde que la consumió, porque en realidad, por la fuerza de las cosas se encuentra en ese estado y equivale á una interpelación para entregarla. Cuando se trata de cosas que no se consumen por el uso, deberá el alquilar desde el día del contrato, porque no sería posible al depositante demostrar desde que tiempo comenzó á usarla; pero si se tratase de dineros entregados en caja cerrada y en que violando el depósito los hubiera empleado, deberá los intereses de plaza, como si se lo hubiera prestado. Troplong, al art. 1930, n° 105, cita el caso de un notario á quien lo depositaron 400,000 francos, y los prestó á un banquero que le ofreció 100,000 de intereses en un mes, habiéndoselos devuelto con los 100,000 ofrecidos. El dueño del dinero demandó esos intereses, dividiéndose entonces las opiniones. Es injusto que el que ha cometido un acto reprobado por la ley, deba enriquecerse con su delito, pero es inmoral acordar á otro esos beneficios. Así, el que viola un depósito y juega con ese dinero haciendo una gran ganancia, no debe entregarla al dueño del dinero, porque este no ha recibido más perjuicio que los intereses que

pierde su carácter de depósito regular, como ya lo hemos establecido, porque el fin principal del acto no ha sido prestar la cosa sino ponerla en guarda. Si se permite el uso, no por eso se destruye. Cuando son cosas consumibles las depositadas, y se permite el uso de ellas, hay un depósito irregular, reconocido como tal en todas las legislaciones, sin que por ese uso el acto se convierta en otro género de contrato.



6º *El depositario debe restituir la misma cosa depositada en su estado exterior con todas sus accesiones y frutos, y como ella se encuentre, sin responder de los deterioros que hubiese sufrido sin su culpa (art. 2210)*, la que se juzgará según la falta de dili-

ese dinero ha podido producir; la ganancia es de aquel que la hizo á sus riesgos y peligros.

Cuando el depositario es incapaz no deberá sino aquello en que se hubiera enriquecido. Es indiferente que el depositario haya usado la cosa por sí ó por otro con su consentimiento. El alquiler de la cosa usada debe determinarse por peritos. Siendo el uso del depósito una falta del depositario á quien se considera en mora de entregarla, si la cosa pereciese aun por caso fortuito, debe responder de su valor; si fuere deteriorada, el depositante tendrá derecho para pedir su valor con los daños y perjuicios, ó la misma cosa deteriorada con los daños y perjuicios.— FREITAS, art. 2641. TROPONG, n° 105. DUVERGIER, *Venta*, n° 471, contra PONT, *Depósito*, n° 469. — Comp. arts. 608, 1093, 1722, 1913, 2222, 2273 y 2274.

Se pregunta, si el que usó de la cosa no fungible depositada en su poder, debe ser considerado como locatario. ¿Qué responsabilidades debe tener en ese caso si se pierde la cosa por caso fortuito? Guillaouard, n° 68, siguiendo la común opinión de los autores sostiene, que debe responder aun del caso fortuito, y que no puede desobligarse demostrando que la cosa hubiera perecido aunque no se hubiera servido de ella. Baudry-Lacantinerie y Wahl, n° 1082, dicen, que se puede invocar en este sentido las reglas de la mora, porque la situación es análoga: el depositario ha cometido una falta.

(**Art. 2210.**) Dijimos que el depositario en el depósito regular debía devolver las cosas en su individualidad é idénticamente las mismas; por consiguiente, esa obligación se extiende cuando se hubieren deteriorado sin su culpa, pero debiendo demostrar que el deterioro no le es imputable; cumple, pues, con su obligación devolviéndolas en el estado en que se encuentran. Si la cosa pereciese sin culpa del depositario, sólo estaría obligado á devolver los accesorios que existieran; como si fuese un caballo que hubiese muerto, devolverá la piel, las herraduras y todo lo que correspondiese al animal.

Cuando por fuerza mayor, como en el caso de expropiación, el depositario fuera privado de la cosa y se le entregara el precio de ella, Pothier dice que el depósito queda subrogado en el dinero, lo que no es aceptable por nuestro derecho, desde que el depositario puede usarlo,



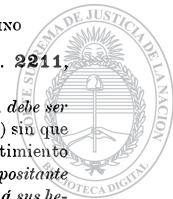
gencia que hubiera puesto en la conservación de la cosa depositada, y *debe hacer la restitución al depositante, ó al individuo in-*

convirtiéndose el depósito regular en irregular. Como el depósito regular no puede convertirse en irregular sin la voluntad del deponente, debemos decidir, que en los casos de expropiación, el depositario responderá por los intereses del dinero recibido, si lo empleare en su provecho. Los casos serán raros, pero posibles; por ejemplo, en caso de guerra, la autoridad expropia los caballos depositados en la caballeriza, estando ausentes los propietarios; recibido el dinero, se dice que debiendo poner el depositario la misma diligencia que en las cosas propias, ha debido colocarlos en los Bancos, y si no lo ha hecho debiera pagar los intereses; pero si el Banco quiebra, ¿es el propietario quien debe entrar al concurso? Sería una injusticia: él no ha encargado hacer tal depósito; el depositario lo ha hecho á sus riesgos y peligros y responde al depositante de las cantidades recibidas, como en el depósito irregular, pues no es por su culpa que se ha cambiado el depósito. Creo, como el Dr. Segovia, que arguyen contra esta tesis los arts. 622, 1093, 1913, 2209, 2222 y 2248.

Cuando el depositario no ha recibido el dinero por haberse consignado á nombre del propietario, éste puede ocurrir directamente reclamando las cantidades; si se le debiesen al depositario, el deponente puede reclamarlas directamente, demostrando que es el dueño de la cosa. Si el depositario voluntariamente depositó la cosa en poder de otro, continuará respondiendo al deponente: pero si se vió obligado por fuerza mayor, su obligación cesará, pasando á aquel á quien la autoridad la haya confiado.

Los *frutos* que debe devolver son los que la cosa hubiera producido naturalmente, pues el depositario no está obligado á hacerla producir, y de estos sólo los percibidos, porque no debe responder por los demás, desde que su obligación es únicamente el conservar la cosa. Cuando el depósito fué en caja cerrada ó en bulto sellado, debe devolverlos intactos, á menos de demostrar que fueron violados por fuerza mayor: si la llave fué depositada en poder del depositario con la prohibición de usar de la cosa, y la caja apareciese abierta, deberá demostrar que lo fué por otro contra su voluntad. — Cód. FRANCÉS, art. 1933. GOYENA, art. 1673. FREITAS, arts. 2644 y 2645. Cód. DE CHILE, art. 2229. POTHIER, l. c., n° 4. — Comp. arts. 575, 586, 1485, 2203, 2571 y 2572.

Si hubiere contestación sobre la identidad de los valores depositados, el deponente debe demostrarla.



dicado para recibir el depósito, ó á sus herederos (art. 2211, 1ª parte).

7º Si el depósito ha sido hecho á nombre de un tercero, debe ser restituído á éste ó á sus herederos (art. 2211, 2ª parte) sin que el depositante tenga derecho para retirarlo, sin consentimiento de aquel en cuyo nombre se hizo. Si hubiere muerto el depositante ó el que tiene derecho á recibir el depósito, debe restituírse á sus herederos si todos estuviesen conformes en recibirlo. Si los herederos no se acordasen en recibir el depósito, el depositario debe ponerlo á la orden del juez de la sucesión. Lo mismo debe observarse, cuando fuesen dos ó más los depositantes, y no se acordasen en recibir el depósito (art. 2211, últ. parte) reglándose por las leyes de pro-

En caso de concurso civil, si los acreedores del depositario negasen la identidad de los valores depositados, debe demostrarlo el deponente; así dicen Baudry-Lecantinerie y Wahl, n° 1091, ninguna reivindicación es posible si no se hace la demostración de la identidad. Se admiten como pruebas suficientes: una etiqueta indicando que los títulos pertenecen á un cliente determinado, ó llevando el nombre del cliente; el envío al cliente de los números de sus títulos; la inscripción de los títulos con mención especial sobre un registro; la marca del deponente, sobre la caja, cofre ó saco que contiene los valores.

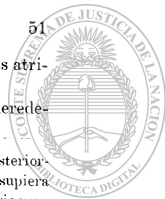
(**Art. 2211.**) Pueden ocurrir los casos siguientes: 1º, que se deba hacer la restitución á la persona que hizo el depósito; 2º, que habiéndose hecho el depósito por el mandatario, deba restituírse al propietario; 3º, que deba hacerse la restitución á la persona indicada; 4º, que se estipule, para el caso de fallecimiento del depositante, la entrega del depósito á la persona indicada.

En la primera hipótesis y la más general, el depositario debe devolver la cosa á quien se la confió; pero si fuera menor ó una mujer casada, debe hacerlo al padre ó tutor, ó al marido, según el caso. Cuando la

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2210.— L. 5, Tit. 3, Part. 5ª.— Cód. Francés, art. 1333. — Italiano, 1848. — Napolitano, 1808. — Holandés, 1755.

Fallos de la S. C. N.— *Aplicación del art. 2210.*— Cuando no se puede constatar la identidad de la cosa se debe restituír el valor que tenía. — XIII, 150.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.— *Aplicación del art. 2210.*— Debe integrarse lo embargado, si al recibirlo no hizo constar las diferencias.—Jur. Civ., XII, 405, Sér. 6ª.



cedimiento que dicten las provincias y que determinan las atribuciones y poderes de los jueces.

Es un principio universalmente admitido, que los herederos

persona era capaz al hacer el depósito y perdió su capacidad posteriormente, la restitución se hará á su representante. Si el depositario supiera que la cosa era robada, no tiene otro recurso que avisar al propietario para que la reclame, y no puede ser acusado de violar el secreto del depósito, pero se tendrá en cuenta que el depositario no puede difamar al depositante atribuyéndole un delito que no ha cometido; si el propietario la reclama judicialmente, el depositario no debe entregarla sino por mandato judicial; lo mismo sucederá cuando la cosa se hubiera perdido. Cuando el depositante hubiere fallecido, la cosa deberá entregarse á sus herederos.

2ª Hipótesis. — Si un mandatario á nombre y con poder de otro hace un depósito, como él no contrae obligación personal y obliga á su mandante, es á éste ó á sus herederos á quien se les debe entregar el depósito, y él podrá reclamarlo directamente; lo mismo sucederá cuando el depositante declara que la cosa pertenece á otro, por cuya cuenta la deposita; pero el verdadero dueño tendrá que ratificar lo hecho en su nombre, si no lo hiciere podrá dirigir su acción contra el depositante.

3ª Hipótesis. — Habiéndose indicado la persona á quien debía entregarse el depósito, esa persona desempeña el papel de mandatario, de modo que si el depositante muriese antes de que la cosa se hubiese entregado al tercero indicado, como el poder ha cesado, la entrega debe hacerse á los herederos del depositante, como lo decíamos en la nota 299 de la *Instituta*. Si el depositante ha revocado la orden, tampoco deberá hacerse la entrega al tercero indicado. Si la persona indicada hubiera fallecido, la entrega debe hacerse al depositante y no al heredero de la persona indicada; porque el mandato ha concluido con la muerte del mandatario. Si el depositante hubiera perdido su capacidad, debe distinguirse: si esa pérdida extingue el mandato, como la interdicción por locura, etc., no debe hacerse la entrega al tercero, porque el mandato ha quedado revocado; pero si es una mujer que ha venido á ser incapaz por su matrimonio, la cláusula se debe mantener hasta que el marido la revoque.

4ª Hipótesis. — Sería un mandato para ejecutarlo después de la muerte, que sólo valdría si tuviera las formalidades de las disposiciones de última voluntad, como lo enseña Pothier, nº 150: pero el valor de la



ros representan á su causante en todos los derechos y obligaciones, y que substituyen á su persona; pero por una especie de pri-

cosa deberá tenerse en cuenta para los casos de reducción de las donaciones y se le considerará como un legado. El tercero indicado no desempeña las funciones de albacea, porque éste debe cuenta judicial del mandato que desempeña, mientras el tercero es un fideicomisario, ó un legatario; por esa razón debe tomarse tal disposición como una manda.

Si dos ó más hubiesen depositado una cosa conjuntamente, y uno de ellos se resistiera á recibirla, el depositario debe hacerlo judicialmente; no así cuando el depósito fuera solidario, estipulándose que se entregue á cualquiera de ellos, porque entonces se han dado poderes entre sí para representarse, conclusión conforme con el art. 731, n° 2. Si fuera la cosa divisible, como trigo, maíz, etc., podrá entregarse á cada uno su parte, pero si fuera indivisible, deberán hacerlo á los que se la depositaron. — Comp. AUBRY y RAU, § 403, texto á la nota 10. PONT, á los arts. 1937 y 1939. TROPLONG, á los mismos artículos. FREITAS, arts. 2648 y 2649. GOYENA, arts. 1674, 1676 y 1677.—Véanse arts. 731, n° 2; 1613, 1930, 2213, 2214, 2465 y 2467.

Si se hubiese falsificado la firma del depositante y el depositario entregase los títulos ó valores al que le presenta la orden falsificada ¿Quedará libertado de la obligación de devolverlos al depositante? Así lo ha juzgado el Tribunal Civil de Lyon en 31 de Julio de 1886; pero la proposición contraria es la verdadera. ¿Quién ha sido el engañado? Indudablemente que el depositario. ¿Por qué se haría recaer el engaño sobre el deponente? Nuestros Tribunales han decidido lo contrario haciendo responsable al Establecimiento bancario engañado; pero si el Banco ha restituido el depósito porque le fué solicitada su entrega en las fórmulas especiales que entregó bajo recibo al depositante para que pidiera la devolución, fórmula que fué substraída al deponente, no tendrá responsabilidad alguna.—Véase BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, n° 1126.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2211.—En el caso del artículo, los Códigos extranjeros legislan, según fuere el depósito divisible ó indivisible, ordenando para el primer caso que el depositario lo entregue según las porciones hereditarias. Pero á nuestro juicio, el depositario no tiene que saber cuáles sean esas porciones, y su obligación es entregar la cosa depositada á los que representan el derecho del depositante en el todo del depósito. La Ley Romana en el caso de ser varios los depositantes, daba á cada uno de ellos el derecho de pedir el todo del depósito, por el principio de la indivisibilidad de la obligación en un caso tal.—L. 1, Tit. 3, Lib. 16, Dig.—Véase la L. 5, Tit. 3,

vilegio que no está bien justificado, la ley hace una excepción en los casos de depósito, cuando dice en el **art. 2212**: *los herederos del depositario, que hubiesen vendido de buena fe la cosa mueble,*

(**Art. 2212.**) El artículo comprende los casos de *venta*, las enajenaciones á título oneroso, como la permuta, dación en pago y otras semejantes, y se funda en la l. 1, § 47, tit. 3º, lib. 16, Dig., reproducida por el art. 1935, Cód. Francés. Es necesario darse exacta cuenta de la posición del heredero del depositario, respecto del depositante, para resolver las diversas cuestiones que nacen de la enajenación ó consumo de la cosa. El heredero representa, ó más bien es la persona misma de su causante que recibió el depósito, y si bien se puede disculpar el hecho de vender la cosa que creía le pertenecía, no haciéndolo responsable sino del *precio que recibió*, porque obró como dueño, lo que es un privilegio concedido á la buena fe de su proceder, no puede suceder lo mismo cuando la hubie e consumido ó donado. En justicia, debería en todos los casos, no el precio que recibió, sino el valor de la cosa.

No creo que la responsabilidad del heredero del depositario sea sólo en cuanto se ha enriquecido, porque no es ese el fin que se propone la ley al hacerlo devolver el precio ó cosa que recibió por la enajenación, sino de dispensarlo de los daños y perjuicios que debió pagar, si lo considerase como el mismo depositario á quien representa. La ley lo reputa como á un dueño que dispone de su cosa, pero resulta no serlo, y entonces deberá entregar lo recibido, y por una razón semejante, cuando la consumió en sus propios usos, se considera como si la hubiera comprado, y pagará el valor de ella en el momento de consumirla, sea que la haya aprovechado ó no, lo que debe ser indiferente. Buscar el provecho que haya podido proporcionar al heredero, e entrar en un falso camino, porque si ha dispuesto de la cosa ajena en su propio uso, lo natural es que devuelva su valor, como cualquier otro que de buena fe consume una

Part. 5ª. — L. 7, Tit. 15, Lib. 3, F. R. — Cód. Francés, art. 1937. — Italiano, 1858. — Napolitano, 1809. — Holandés, 1756. — Aubry y Rau, § 403, nota 9. — Pont, sobre el art. 1937, nos 449, 479 y siguientes.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2211. — El reclamante del depósito debe justificar plenamente su existencia y que el tercero depositario lo verificó á su orden. — Jur. Civ., I, 304, Sér. 5ª.

El depositario no puede ser compelido á la entrega del depósito, si judicialmente le ha sido embargado y vendido. — Jur. Civ., III, 76, Sér. 5ª.

El que no presente el depósito, debe ser constituido en arresto. — Jur. Civ., II, 297, Sér. 4ª.



cuyo depósito ignoraban, no están obligados sino á devolver el precio que hubiesen recibido, alterando así los principios fundamentales

cosa ajena. Es cierto que en el caso de destrucción total ó parcial de la cosa, sólo se debe aquello en que la destrucción le hubiera aprovechado (art. 2431), pero ese principio no se aplica al presente caso. Por eso se enseña erróneamente, en mi opinión, que cuando se ha donado la cosa, el depositante no tiene acción contra el heredero, que resultará privado de ella, si no puede ejercer la reivindicación, lo que parece apoyar la ley 25, § 11, tit. 3, lib. 5, Dig., que el Dr. Velez Sarsfield transcribe en la nota al art. 2431: pero no la juzgo aplicable al caso, ni puede servir de fundamento á tal doctrina. Se ha querido comparar la posición del heredero á quien se ha acordado la posesión definitiva de la herencia, en caso de fallecimiento presuntivo, con el presente: pero como lo observan Aubry y Rau, las posiciones son diversas; porque aquí el heredero tiene la *obligación personal* de restitución, que pesaba sobre su causante, y no puede librarse de ella por haber dispuesto de la cosa; la ignorancia de las obligaciones de su causante no pueden servirle de carta de indemnidad; sería una injusticia manifiesta. El art. 2431 se refiere á los poseedores de buena fe, que no tengan obligaciones, en que como herederos deban responder por las de su causante.

Cuando la reivindicación autorizada por el art. 2778, no pueda efectuarse, el heredero será responsable por el valor que la cosa donada tenía en el momento que dispuso de ella, conclusión que está de acuerdo con la justicia y con los principios del derecho. Tanto el Dr. Segovia, como el Dr. Llerena, enseñan la doctrina contraria, sin dar razón alguna. ¿Cuál es la posición de este heredero de buena fe? Representa á su causante que tenía la obligación personal de restituir la cosa. ¿Cómo es que ha podido libertarse de esa obligación con sólo donar la cosa? Sería curioso que debiera devolver el precio recibido y consumido, y no estuviera obligado cuando la ha donado satisfaciendo, tal vez, una de las necesidades más grandes de su alma, ó proporcionándose goces que no los dan la satisfacción de necesidades materiales. La ignorancia del deber, de cumplir una obligación contraída, no puede ser jamás causa de liberación; á lo único que podría dar lugar es á que se le dispensara de pagar los daños y perjuicios. Es cierto que muchos autores franceses están en contra de esta opinión, pero ninguno la funda y tengo en mi favor la de Aubry y Rau, § 403, nota 6, y la de Freitas, art. 2578, en caso de comodato. A mi juicio se confunde al poseedor de buena fe, que tiene razón para creerse dueño de la cosa, como en el caso del



establecidos sobre las sucesiones, en que la buena ó mala fe del heredero en nada afecta la buena ó mala fe de su causante, que continúa en la persona del heredero.

8º *El depositario debe restituir la cosa depositada en el lugar*

art. 2431, con el que está obligado personalmente á restituirla ignorando esa obligación, y si bien esa ignorancia puede salvarlo de los daños y perjuicios, en caso de venta, no es bastante para libertarlo de toda obligación en los demás casos. Creo, pues, que el heredero debe el precio de la cosa, sea que la haya consumido, donado ó destruído en todo ó en parte, porque tiene la misma obligación de su causante que no ha podido extinguirse por la enajenación: obligación que la ley le impone expresamente en caso de venta, y que no lo salva en los demás. — En contra: TROPLONG, l. c., nº 124. PONT, al art. 1935, nº 474. DURANTON, XVIII, nº 48. ZACHARLE, § 736, nota 11, y los Dres. SEGOVIA y LLERENA á este artículo.

El deponente puede hacerse ceder las acciones que tengan los enajenantes, como en el caso del art. 2272.— Véase la nota á este artículo.

Cuando el heredero, usando de sus derechos, hubiera recobrado la cosa enajenada, deberá entregarla, sin que pueda ofrecer lo que obtuvo por ella. Si hubiere empleado las cosas muebles en su propio beneficio, deberá el precio que tenían en el momento de emplearlas, pues desde ese instante se constituye deudor, y no por el precio que tenían en el momento de la reclamación, como algunos creen: su posición se asemeja á la del caso de venta del mismo objeto, en que se debe el precio de ésta, que se supone pagado. No es posible aplicar el artículo al caso de venta de inmuebles, porque no se pueden vender sin título, y no habría buena fe si los vendiese como propios, cuando le consta que no lo son, desde que en el registro de propiedad aparecen como de otros.

En cuanto á la prescripción, el depositario no puede alegarla, en general, desde que posee la cosa en nombre del propietario: sería necesario que ejerciera actos de dominio cambiando la causa de su posesión: pero si hubiere enajenado la cosa, como es una acción personal, se prescribiría por diez años entre presentes y veinte entre ausentes. Los herederos del depositario pueden prescribir la cosa por el mismo tiempo si tuvieron buena fe. — Comp. arts. 2194, 2227, 2272, 2356, 2357, 2431, 2767, 2778 á 2780, 3431, 3432 y 3897.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2212. — Sobre este artículo, Troplong, desde el nº 124. — Pont, sobre el art. 1935, nº 4º2.

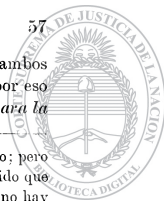




en que se hizo el depósito. Si en el contrato se hubiese designado otro lugar, debe transportar la cosa á éste, siendo de cuenta del depositante los gastos que el transporte causare (art. 2216), salvo pacto expreso en contrario, porque las partes pueden estipular libremente que los gastos serán de cuenta del depositario.

(Art. 2216.) La ley romana dice: «el depósito debe entregarse en el lugar en que se encuentra la cosa, sin mala fe por parte del depositario. Nada importa el lugar donde se hizo el depósito; *ubi vero depositum est, nihil interest*». Esta es la doctrina adoptada por el Cód. Francés, art. 1943, según la interpretación dada por todos los juriconsultos, menos por Delvincourt. Ahora bien, nuestro artículo, tomado de ese Código, ¿ha entendido alterarlo al decir en el lugar *en que se hizo* el depósito? ¿No se puede tomar como una traducción de la expresión francesa del art. 1943, *dans le lieu même du dépôt*? ¿En el mismo lugar del depósito, no es aquel en que se hizo? Este sería uno de los raros casos en que se permitiría forzar la materialidad de la expresión, para no salir de la verdadera doctrina y armonizarlo con las demás instituciones del derecho; sin embargo, debemos atenernos á la expresión clara: *el lugar donde se hizo el depósito*, que no se debe tomar como equivalente de donde se encuentra la cosa depositada, sin perjuicio de salvar al depositario de los gastos que se viera obligado á hacer, para devolverlo cuando hubiera cambiado de domicilio, llevándose la cosa, ó si hubiera sido necesario transportarla á otro lugar para salvarla de deterioros, ó para su conservación. Téngase presente que el depositario hace un servicio de amigo, servicio gratuito, y no debe causársele perjuicio.

El artículo supone dos casos: 1º, que se haya designado el lugar donde debe hacerse la restitución; 2º, que nada se haya convenido. En el primero, decía Pomponio, si se deposita una cosa en Asia, para entregarla en Roma, la intención de las partes parece haber sido que los gastos necesarios para el transporte de la cosa fuesen á cargo del depositante (l. 12, tit. 3, lib. 16, Dig.). La buena fe y la naturaleza del servicio impone que el depositario sea indemnizado y no responda de los riesgos y peligros que corra la cosa, á menos de culpa. Entre los gastos se comprenderá también el seguro. Debe notarse, sin embargo, que si el depositario tiene derecho á los gastos de viaje y alojamiento que hubiere hecho para ir á entregar en otro lugar la cosa depositada, no podrá cobrarlos, si fué á sus propios negocios. En el segundo caso, el depositario deberá hacer la restitución en el lugar donde se hizo el depósito, equiparándose erróneamente al deudor de un cuerpo cierto (art. 747), que



9° El término se pone generalmente en beneficio de ambos contratantes; pero en el depósito se hace una excepción; por eso dice el **art. 2217**: *aunque se haya designado un término para la*

debe entregarlo en el lugar donde existía al tiempo del contrato; pero si ha cambiado de domicilio, ó si para conservar la cosa ha tenido que transponerla, los gastos deben ser á cargo del depositante, si no hay mala fe en el depositario. Los jueces tendrán en cuenta que el depositario presta un servicio.

El depositario no está obligado á gastar de su peculio para transportar la cosa cuando la ha recibido para entregarla en otro lugar, y si pedidos los fondos al depositante, no los proporciona, no responderá por los peligros que corra, ni por los perjuicios, á menos que él se hubiera obligado á transportarla á su costa. — Comp. Cód. FRANCÉS, arts. 1942 y 1943. POTHIER, l. c., n° 57. DUVERGIER, XXI, n° 488. DURANTON, XVIII, n° 67. TROPLONG, n° 168. MASSÉ y VERGER, sobre ZACHARIE, § 736, nota 20.— Véanse arts. 101, 576, 747, 1224, 2202 y 2224.

(**Art. 2217.**) El depositario presta un servicio, y por consiguiente no puede tener interés en retener la cosa, aunque se hubiere fijado plazo para la devolución; así, el plazo es sólo útil para el deponente. Sin embargo, si se hubiera dado un plazo para la devolución, porque el depositario no pudiera hacerle la entrega antes de cierto momento, en ese caso, como el plazo se ha convenido en favor del depositario deberá mantenerse, y el depósito no podrá exigirse antes de la espiración del término. Si á consecuencia del tiempo porque se entregó la cosa, el depositario hubiera hecho gastos para tenerla durante ese tiempo, no creo como Lehr (Derecho Germánico, n° 192, al fin), que tenga derecho para pedir se le reembolsen, porque si al concluirse el contrato no tenía derecho á esos gastos, menos debe tenerlo antes; á no ser que se hubiere hecho para conservar la cosa.

El presente artículo se refiere al depósito regular, como lo indica el capítulo en que se encuentra.—Comp. PONT, l. c., n° 494. TROPLONG, l. c., n° 172, y DUVERGIER, l. c., n° 488. Cód. FRANCÉS, art. 1944. GOYENA, art. 1681. Cód. DE CHILE, art. 2626, y FREITAS, art. 2624.— Véanse arts. 509, 570, 2225 y 2226.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2216.—L. 12, Tit. 3, Lib. 16, Dig.—Cód. Francés, arts. 1942 y 1943.—Italiano, 1858 y 1859.—Napolitano, 1814 y 1815.—De Luisiana, 2225 y 2226.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2217.—Véase L. 5, Tit. 3, Part. 4°.—L. 10.



restitución del depósito, ese término es siempre á favor del depositante, y puede exigir el depósito antes del término, á menos que expresamente se hubiera pactado que se establecía en favor de ambos.

§ 611. — DE LA RESTITUCIÓN DEL DEPÓSITO Á LOS QUE NO
FUEREN DEPOSITANTES

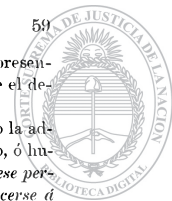
La cosa depositada se debe devolver al depositante; pero cuando ha sido entregada como representante necesario de algún incapaz, ó de una persona jurídica, no es á la persona misma á quien debe devolverse, sino al representante del deponente en el momento de exigir la entrega; por eso dice el **art. 2213**: *si el depósito hubiese sido hecho por un tutor ó un administrador de bienes ajenos, en calidad de tales, no debe ser restituido, acabada la administración, sino á la persona que el depositante representaba*; que es la verdadera dueña del objeto entregado, y la única que tiene de-

(**Art. 2213.**) En el depósito y su restitución se debe tener en cuenta la calidad de la persona que debe recibirlo, y no aquella que lo hizo. En principio general, se debe restituir al que verificó el depósito: sin embargo, cuando fuere incapaz ó lo hiciere en representación de otro, se tendrá en cuenta la capacidad del que debe recibirlo; así, el depósito hecho por un incapaz no debe ser entregado á éste sino á su representante, y recíprocamente, el depósito hecho por el tutor ó curador á nombre del incapaz, no debe restituirlo al representante que lo hizo, si ha cesado en su mandato, en ese caso deberá hacerlo al que los ha substituído ó al incapaz, si recobró su capacidad. Del mismo modo, si hizo el depósito siendo capaz, y viene á perder la capacidad, debe hacerse la entrega á su representante, si tuvo conocimiento del cambio, porque si ha tenido justo motivo para ignorarlo, se encontraría liberado con la entrega hecha al

Tit. 15. Lib. 3. F. R. — L. 1, §§ 45 y 46, Tit. 3, Lib. 13, Dig. — Cód. Francés, art. 1944.—Napolitano, 1816.—Holandés, 1761.

Follos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2217.—El certificado de depósito á la orden, endosado en debida forma, es ejecutivo.

El depositario no puede en ningún caso resistir la entrega de un depósito á la orden, á la presentación del certificado endosado en debida forma.—Jur. Com., III. 147.



recho para exigir su devolución. Si esa persona fuera representada por otra, es al representante á quien debe entregarse el depósito.

Cuando la persona que hizo el depósito hubiere perdido la administración de los bienes de aquel en cuyo nombre lo hizo, ó hubiere cesado por cualquier causa, *ó si el depositante hubiese perdido la administración de sus bienes, la restitución debe hacerse á la persona á la cual hubiera pasado la administración de esos bienes (art. 2214)*, y el depositario que hubiera entregado el depósito al declarado incapaz, no se habría desobligado.

El depositario no puede exigir que el depositante pruebe ser suya la cosa depositada (art. 2215, 1ª parte); porque no es ne-

incapaz. Si la mujer que hizo el depósito contrajere matrimonio, el depósito deberá ser entregado al marido, á menos que por el contrato nupcial se hubiera reservado la administración de ese bien. — Comp. TROPLONG, al art. 1941. PONT, al mismo artículo. — Véanse arts. 731, nº 1. 1930 y 2211.

(**Art. 2214.**) Cuando el depositante ha cambiado de estado, perdiendo su capacidad, es necesario devolver el depósito al que lo representante ó tenga la administración de los bienes: pero se tendrá en cuenta que si el depositario ha tenido justo motivo para ignorar ese cambio, se encuentra liberado por la entrega del depósito al incapaz, pues debe ser protegido por la buena fe de su proceder, con tanta más razón, cuanto que presta un servicio. Lo que hemos dicho en el artículo anterior es aplicable al presente. Cuando el padre hubiese sido privado de la administración de los bienes (art. 303), el depósito deberá entregarse al tutor especial nombrado. — Véase CÓD. FRANCÉS, art. 1940. CÓD. NAPOLITANO, art. 1812 y CÓD. HOLANDÉS, art. 1759. GOYENA, art. 1678.

(**Art. 2215.**) Se dijo que el contrato de depósito podía hacerse válidamente por cualquier poseedor de la cosa (art. 2198), y el presente es una consecuencia natural de ese principio: así el depositario no puede exigir al deponente la prueba de la propiedad de la cosa, pues puede depositarla aun el que no es propietario; por otra parte, poco importa al de-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2213. — Cód. Francés, art. 1941. — Italiano, 1857. — Holandés, 1760. — Napolitano, 1813.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2214. — Cód. Francés, art. 1940. — Napolitano, 1812. — Holandés, 1759.



cesario ser propietario para depositarla, así puede hacer el depósito el locatario, comodatario y aun el mero tenedor de la cosa.

§ 612.—DERECHOS DEL DEPOSITARIO

Si bien el depósito es gratuito, cuando el deponente hubiere ofrecido alguna gratificación, tendrá derecho para reclamarla.

El depositario está obligado á devolver la cosa depositada, sin que le sea permitido oponerse á la restitución, exigiendo prueba de la propiedad de la cosa; pero *si llegase, sin embargo, á descubrir que la cosa ha sido hurtada, y quién es su dueño, debe hacer saber á éste el depósito para que lo reclame en un corto término. Si el dueño no lo hiciere así, el depositario debe entregar el depósito al depositante (art. 2215, 2ª parte)*, sin que pueda hacerlo judicialmente, haciéndolo entrar en un juicio que él no tiene derecho para promover.

positario saber quién es su dueño. La regla á que se debe sujetar para la restitución es la que daba Doneau, *in deposito non queritur cujus res sed, quis deposuerit, et spectatur solum an jus intersit*. Pero como puede estar interesado el depositario en no ser considerado como cómplice en un delito cometido, devolviendo la cosa al ladrón, se le impone la obligación de hacerlo saber al que se reputa propietario, pero respondiendo personalmente por la calumnia que puede resultar, si la denuncia fuere falsa: por consiguiente, sería prudente no hacerla sino fundado en hechos que la sostengan.

El artículo dice: el depositario *debe* hacer saber al propietario. ¿Tiene alguna responsabilidad cuando no se constituye denunciante? ¿Sería considerado por este silencio, como cómplice en el hurto? No lo creo, porque una medida de prudencia y de circunspección no debe tomarse como complicidad; pero responderá por los daños y perjuicios como en el caso análogo del art. 2279.

El artículo sólo habla del caso de hurto y debe comprender el de robo, como el art. 2279, aunque sean diferentes; arts. 187 y 193, Código Penal.

En cuanto á la cosa perdida, que no se comprende en el art. 1938, Cód. Francés, nosotros debemos hacer esta distinción en vista de los arts. 2531 y 2539; si la cosa ha sido depositada como perdida, mientras se practican las diligencias para buscar al dueño, no puede considerarse

El depositario está obligado á hacer los gastos urgentes para la conservación de la cosa, y tendrá derecho á reclamarlos; la ley le acuerda además del privilegio con relación á los

hurtada, y por consiguiente el depositario no está sujeto á la disposición del artículo; pero si el que la halló se la apropiase y no procediese á las diligencias prevenidas en los arts. 2534 y sig., se considera como si la hubiera hurtado, art. 2539. El depositario estará obligado á dar conocimiento al juez más inmediato ó á la policía del lugar, para que se hagan cargo de la cosa; esta hipótesis queda comprendida en la disposición del artículo.

No se debe aplicar á nuestro derecho la doctrina francesa, que no contiene una disposición análoga á la del nuestro, art. 2539, ni comprende las cosas perdidas, pues las consideraciones de orden público que fundan la denuncia de la cosa hurtada, no militan en favor de la perdida; pero nuestro Código la ha considerado como hurtada, cuando se la apropia el que la encontró, y en esos casos queda comprendida en el artículo.

Si llega á descubrir (en cualquier tiempo y por cualquier medio) que la cosa es hurtada y *quién es su dueño*, debe hacerse saber el depósito, dice el artículo; luego cuando lo ignorase no hay obligación. Es necesario tener presente que la denuncia hecha al juez, y aconsejada por algunos, como más segura para salvar la responsabilidad del depositario, tiene el peligro de una difamación, acusando al deponente como ladrón, y no está autorizada por el artículo; lo más prudente sería atenerse á sus términos. No creo, como algunos, que cuando se avise al depositario por cualquier conducto, que la cosa es robada, deba suspender la entrega; porque sería obligarlo á dar asentimiento á la denuncia, pero en todo caso y para librarse de responsabilidad debe avisar al que se supone dueño: el juez no interviene sino en caso de reclamación ó en el del art. 2539.

El presente artículo supone el caso de que se conozca al dueño, y la denuncia *debe ser á él*, á menos que este mismo lo haya hecho saber al depositario, para que la retenga, es á este caso que se refiere Pont, cuando exige la decisión judicial. Freitas, art. 2683, con más previsión, autoriza al depositario para depositar la cosa judicialmente cuando fué hurtada, robada ó perdida, ó se dudase de la legitimidad de la persona que pide la restitución, ó cuando el depositante se hallare ausente, y se hubiere vencido el término del depósito. Nuestro Código no autoriza el depósito judicial, sino *el ariso al dueño*.

El *corto término* para reclamarla, queda librado á la prudencia y





otros acreedores en caso de concurso, otro respecto al mismo deponente; por eso dice el **art. 2218**: *el depositario tiene el derecho de retener la cosa depositada, hasta el entero pago de lo que se*

juicio del depositario, quien debe tener en cuenta las circunstancias del caso, para que la reclamación pueda hacerse efectiva. No creo como algunos que el depositario debe ocurrir al juez para que fije el plazo dentro del cual se hará la reclamación; porque la justicia nada tiene que ver aún, y el depositario incurriría en grave responsabilidad, si llevara ante ella una denuncia que puede ser calumniosa; la obligación es de *hacerlo saber al dueño* y el derecho de ponerle *un término*; la justicia no debe intervenir, sino cuando la reclamación se entable; de otro modo sería facultar al depositario para hacer un pleito al depositante por cualquier noticia que tuviere sobre la propiedad de la cosa.

Cuando el propietario mismo ha hecho saber al depositario para que no entregue la cosa, éste debe imponerle un término. Si el mismo depositario resultase dueño de la cosa habiéndosela hurtado ó robado, deberá presentarse al juez para que declare su propiedad.

El depositario debe presentarse al juez cuando supiere que la cosa ha sido perdida, y el que la encontró se la ha depositado como propia; y lo mismo el locatario en los casos del art. 1612.

Téngase presente que no debe aplicarse este artículo á los casos del art. 2766, cuando la cosa depositada se ha tenido por un abuso de confianza.

El art. 2467 se refiere á los casos de pretensiones de los que se creen dueños de la cosa, y no es aplicable á éste que trata de delitos.—Comp. AUBRY y RAU, § 403, texto y nota 15. TROPLONG, nos 144 y sig. PONT, al art. 1938. ZACHARIE, § 736, nota 18. Apoyan nuestra interpretación sobre la cosa perdida, DALLOZ, *Rep. Dépósito*, n° 85. DURANTON, XVIII, n° 58, y DELVINCOURT, III, 433, y se debe tener en cuenta que en derecho francés no existe la disposición del art. 2539. — Véase l. 31, § 1, tít. 3, lib. 16, Dig. — Comp. arts. 1612, 2184, 2277, 2279, 2280, 2467, 2539 y 2767.

(**Art. 2218.**) Se trata del derecho de *retención*, que es la facultad que corresponde al tenedor de la cosa ajena para conservarla hasta el

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2215. — Véase L. 6, Tit. 3, Part. 5ª. — L. 6, Tit. 15, Lib. 3, F. R. — L. 1, § 3ª, Tit. 3, Lib. 16, Dig. — Cód. Francés, art. 1938. — Italiano, 1854. — Napolitano, 1572. — Holandés, 1757. — Pont, sobre el art. 1938, n° 483.



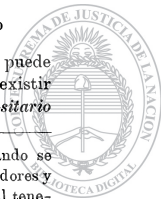
le debia por razón del depósito; pero no por el pago de la remuneración que se le hubiese ofrecido, ni por perjuicios que el depósito le hubiese causado, ni por ninguna otra causa extraña al depósito.

En el depósito, el deber de entregar ó restituir la cosa es una

pago de lo que se le debe (art. 3939), y por consiguiente el privilegio debe limitarse á lo expresamente concedido por la ley. ¿Qué es lo que puede deberse por razón del depósito? Freitas, art. 2656, de donde ha sido tomado el artículo, nos lo dice: los gastos de conservación de la cosa depositada, ó los que el depositario hubiera hecho en caso de urgencia reputándose tales los del art. 1544; los gastos hechos en razón de la cosa depositada, inclusive los de transporte con ocasión de recibirla ó de entregarla.

Es difícil explicar por qué no se concede el mismo derecho á los perjuicios ocasionados por la cosa depositada, á menos de suponer, que siendo hechos completamente extraños al depósito, se dejen para juicios separados, ó porque es un privilegio que no debe chocar con otro principio. Cuando A, depositó en poder de B, una cosa para que se la entregase en Córdoba, debe pagarlo los gastos de viaje y alojamiento, pudiendo retenerla hasta que éste se realice, lo mismo sucedería, si se depositó un caballo, con relación á la mantención ó á lo que hubiere pagado en su curación.

No tendrá derecho de retención por el pago de la remuneración ofrecida, porque siendo un accidente extraño al contrato de depósito, que es gratuito, no debe tener esta especie de privilegio: tampoco la tendrá por los daños y perjuicios ocasionados por razón del depósito, porque son hechos extraños al contrato: por ejemplo, si en caso de incendio, el depositario ha salvado la cosa depositada que tenía mayor importancia, dejando perecer la suya propia de menor valor, la indemnización que tiene derecho para hacerla pagar no tiene privilegio de retención, porque se trata de hechos extraños al depósito. Es necesario no confundir el privilegio del *depositante* en el caso del art. 3906, para reclamar su cosa, con el derecho del *depositario* que no tiene privilegio como tal, sino en virtud de la clase de gastos que hubiere hecho; así, para los gastos de conservación de la cosa depositada tiene el privilegio del art. 3901, y en este sentido es exacta la afirmación del Dr. Llerena, «lo que aunque haya entregado la cosa, el depositario goza del privilegio», lo que hace errónea la proposición es la forma absoluta en que está redactada. Lo mismo sucede respecto á esta otra: «que el privilegio lo tiene aun cuando ejerza el derecho de retención y la cosa se venda» confundiendo el privilegio



obligación de hacer ó de ejecutar un hecho, y como tal no puede ser compensado por otra obligación igual que no puede existir en el depósito regular; por eso dice el **art. 2219**: *el depositario*

por la calidad de los gastos, con el derecho de retención. Cuando se haya ejercido la retención, y la cosa es embargada por otros acreedores y mandada vender por la justicia, el adjudicatario debe entregar al tenedor del objeto, que ha ejercido el derecho de retención, lo que se le deba por razón de ella, art. 3942; pero si son por gastos de conservación, de la cosa depositada, aunque no ejerza la retención, tiene privilegio para ser pagado primero.—Comp. POTHIER, l. c., n° 70 y 71. TROPLONG, l. c., n° 187 y sig.

Se ha decidido por la Suprema Corte Nacional, que el depositario judicial de un buque, es acreedor privilegiado contra éste por sus sueldos como depositario tomando estos gastos como de conservación de la cosa, art. 3901.—Véanse arts. 1956, 2204, 2224, 2278, 2466, 3901 y 3906.

(**Art. 2219**.) La compensación es un pago, y no sería posible alegarla en el depósito regular donde se debe restituir la misma cosa, un cuerpo cierto. Este artículo no es una consecuencia del anterior que trata del derecho de retención, porque ésta nada tiene que ver con la compensación.

Se ha preguntado, si cuando la cosa ha perecido ó ha desaparecido por causa del depositario, y en que éste ha sido condenado al pago de los daños y perjuicios, si se puede acordar la compensación. Pothier, Toullier, Duranton, Zachariæ, Pont, Troplong, Marcadé y Larombière, opinan que la compensación puede deducirse, y sólo Delvincourt, II,

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2218.—Cód. Francés, art. 1948.—Italiano, 1893.—Holandés, 1796.—Napolitano, 1820.—En contra, L. 6, Tit. 15, Lib. 3, F. R.—L. 10, Tit. 3, Part. 5ª, á pesar de que la L. 9, Tit. 2, Part. id., concede la retención al comodatario, y debía con mayor razón concederla al depositario que sirve al deponente, cuando en el comodato el servicio lo recibe el comodatario.

Fallos de la S. C. N.—*Aplicación del art. 2218.*—El auto que manda la devolución de las cosas embargadas, es apelable por el depositario nombrado, que niega haberlas recibido.—LIV, 371.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—*Aplicación del art. 2218.*—El depositario está obligado á entregar el depósito sin perjuicio del cobro de gastos y honorarios, pero no tiene derecho de retención.—Jur. Com., II, 107, Sér. 4ª.

El derecho de retención de los objetos embargados, que la ley acuerda al depositario es sólo en cuanto al pago de los gastos sin que pueda hacerlo extensivo al de los honorarios.—Jur. Com., I, 294, Sér. 4ª.



no puede compensar la obligación de devolver el depósito regular con ningún crédito, ni por otro depósito que él hubiese hecho al depositante, aunque fuese de mayor suma ó de cosa de más valor;

578, notas 3 y 4, sin dar la razón de su opinión, sostiene lo contrario; entre nosotros el Dr. Segovia sigue á Delvincourt y el Dr. Llerena á la común opinión de los autores franceses. Larombière al art. 1293, n° 5, al examinar la cuestión se ha dado cuenta de los inconvenientes de esta teoría, que ofrece una prima á la mala fe, interesando al depositario á faltar á sus obligaciones, dejándose condenar antes de restituir la cosa depositada, cuando esta restitución una vez efectuada no le dejaría, para el pago de su acreencia, sino un recurso ilusorio contra un deudor insolvente; pensamiento que Brunneman expresa con más energía al decir «el depositario por su falta ó por su dolo adquiriría el derecho de compensar el depósito». El Dr. Segovia se funda en los arts. 824 y 2223 de nuestro Código, que no permiten la compensación del depósito irregular, sino con la deuda de otro depósito; pero éstos artículos no apoyan eficazmente su tesis, que apesar de las razones de equidad que en algunos casos existiría, no autorizan á crear excepciones y privilegios que la ley no concede expresamente. El depósito deja de existir por la pérdida ó destrucción de la cosa (art. 2226 n° 2); el juicio que condena al depositario al pago del precio opera judicialmente una novación, como dice Larombière, y desde ese instante la acreencia no es de depósito, sino de una suma de dinero susceptible de compensación. Por otra parte, las consideraciones de equidad en ciertos casos especiales, no pueden servir de fundamento para crear excepciones, como sucedería en este caso.

El peligro de fraude, está compensado con los daños y perjuicios que serían considerables y servirían en cierto modo de pena, y no alentarían á cometerlo.—Comp. POTHIER, *Préstamo de uso*, n° 44. DURANTON, XII, n° 448 y 449. TOULLIER, VII, n° 383 y 384. ZACHARIE, § 574, nota 3. TROPLONG, al art. 1293. AUBRY y RAU, § 327, nota 3.

Colmet de Santerre, V, n° 244, *bis* V, agrega: «la demanda de daños y perjuicios no puede ser calificada de demanda de restitución. Mourlon, II, n° 1448, niega en principio que la deuda sea compensable, porque el *quantum* de los daños é intereses no está determinado: pero la admite, cuando se hubiere impuesto como pena una cantidad para el caso de no devolver el depósito.—Véanse arts. 2188, 2191 y 2223, y especialmente el art. 824 y su nota.

porque no se trata de devolver sumas de dinero ó de cantidad de cosas, desde que se les ha entregado formando un todo, distinguiéndose de las demás en su individualidad.



CAPÍTULO III

DE LAS OBLIGACIONES DEL DEPOSITARIO EN EL DEPÓSITO IRREGULAR

§ 613. — CUÁNDO EL USO DE LA COSA ES PERMITIDO Ó PROHIBIDO

El depósito irregular es más bien un préstamo, pues el depositario adquiere el dominio de la cosa, y sólo está obligado á devolver una cantidad igual de la misma calidad. Habría sido más conforme con la realidad de las cosas el haber abandonado estas sutilezas del derecho, entrando con paso firme en las reformas exigidas por nuestra civilización actual, que piden la simplificación de las relaciones de derecho, abandonando estas diferencias de la antigua legislación. Así, cuando el **art. 2220** dice: *si el de-*

(**Art. 2220.**) Habría sido más práctico y conforme, con la intención de las partes y la naturaleza del contrato, el considerarlo como préstamo, porque la entrega de mil pesos en depósito á una persona ó establecimiento, permitiéndole el uso del dinero, es en realidad un préstamo y debía regirse por este contrato. El Cód. Civil Alemán suprime el depósito irregular limitándolo á las cosas muebles, y cuando tiene lugar respecto de cosas fungibles, con el derecho de usarlas, lo convierte en préstamo, art. 700.

No se debe confundir este caso con el del art. 2189, nº 1, 2ª parte, porque cuando se prohíbe el uso se rige por el art. 2222.

El depositario debe pagar el todo como en el préstamo, á menos de estipulación contraria. Cuando son cosas consumibles no sólo deben ser de la misma especie sino de la misma calidad, si ésta se ha hecho constar. Froitas, art. 2657, dice: «debe pagar en lugar y tiempo propio, otro tanto de la cantidad depositada, cualquiera que sea la especie ó calidad de la moneda corriente». Si se entregaron mil libras esterlinas deberá devolverlas, ó su equivalente, en moneda nacional, al cambio del día de la





pósito fuese irregular, de dinero ó de otra cantidad de cosas, cuyo uso fué concedido por el depositante al depositario, queda éste obligado á pagar el todo y no por partes, otro tanto de la cantidad depositada, ó á entregar otro tanto de la cantidad de cosas depositadas, con tal que sean de la misma especie; lo mismo que tiene lugar en el préstamo, sin diferencia alguna, y las creadas por la ley son más bien arbitrarias, sin que tengan un fundamento sólido.

En el depósito irregular, y cuando las cosas consumibles se entregasen sin precaución alguna, *se presume que el depositante concedió al depositario el uso del depósito, si no constare que lo prohibió (art. 2221)*, y aunque lo hubiere prohibido según el art. 2189, n° 1, porque no hay medio de controlar si el dinero ó las cosas depositadas no fueron usadas, ni si se devuelven las mismas ú otras de la misma calidad.

entrega, art. 619. Debe distinguirse el caso en que se haya depositado un documento de crédito, facultándolo para cobrarlo, porque si bien puede usar de la cantidad cobrada, responde como mandatario de la no cobrada; pues hay dos contratos, uno de mandato, que consiste en la autorización para cobrar, y el otro de depósito respecto de las cantidades recibidas y del documento. La aceptación del depósito del documento, con esas facultades, lo hace responsable como mandatario y como depositario.— Véase mi nota al art. 2189, n° 2. FREITAS, art. 2657.—Comp. arts. 607, 616, 1319, 2182, 2240 y 2257.

(**Art. 2221.**) Es necesario distinguir cuando se autorizó el uso de la cosa depositada, ó si lo prohibió, porque si bien el depositario puede usarlas, si son cantidades de dinero ó de cosas fungibles entregadas sin precaución alguna; sin embargo, debe responder de los intereses desde el día del depósito, cuando fuere moroso. Se considera permitido el uso, cuando no lo prohibió, á menos que el depositario se obligase á restituir idénticamente la cantidad depositada, como dice Freitas, art. 2658, por que entonces no ha necesitado de prohibición, pues él mismo se la im-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2220.—Sobre las diferencias del depósito irregular y el préstamo, Troplong, n° 117.

Follos de la Cám. de Apel. de la Cap.—*Aplicación del art. 2220.*—La acción para exigir del depositario irregular la devolución de la cosa, se prescribe por el término de diez años.—Jur. Civ., VII, 1ª, Sér. 6ª.



La única diferencia entre el préstamo y el depósito irregular es la establecida por el **art. 2222** que dice: *si el uso del depósito hubiese sido prohibido, y el depositario se constituyese en mora de entregarlo, debe los intereses desde el día del depósito*, suponiendo

puso. Aun en el caso de prohibirse el uso, sino se determinase cada una de las cosas depositadas, debe presumirse, según los casos, que no las usó, si pagare otro tanto de la cantidad ó cosas depositadas; y aunque constase la clase de moneda ó de cosas, deberá suponerse que tampoco las usó, si entrega la misma clase de monedas ú otro tanto de la misma especie y calidad de cosas recibidas. Freitas, art. 2659 y 2660 establece en estos casos presunciones en favor del depositario, sin admitir prueba en contra, porque si éste puede presentar las mismas monedas, ó las mismas cosas depositadas, las pruebas se desvanecen ó son imposibles desde que no se podría distinguir si las cosas usadas eran suyas propias ó las depositadas. Nuestro Código guarda silencio, y no se pueden crear presunciones; pero los jueces deben tener en cuenta observaciones tan justas y conformes con la naturaleza de los hechos.—Véase arts. 2191, 2206 y 2208.

(**Art. 2222.**) Freitas, art. 2661, después de haber creado presunciones de no uso en favor del depositario en los arts. 2659 y 2660, no admitiendo prueba en contra, cuando está en aptitud de devolver las mismas cantidades de monedas ó de cosas consumibles recibidas, aunque se le prohibiera su uso, las crea en contra cuando no puede entregarlas, y es refiriéndose á esos casos que trae el artículo que el nuestro ha copiado. Porque si se le prohibió el uso de esas cosas, y no las tiene para restituirlas, se supone con razón que se ha servido de ellas, y como una pena en cierto modo por haber faltado á la lealtad del depósito, y porque sería difícil probar desde cuándo las empleó, lo condena á pagar los intereses desde el momento del depósito. Freitas agrega: no será atendible cualquier defensa de caso fortuito ó fuerza mayor, aunque alegue robo, y así debe ser, tratándose de dinero ó de cosas fungibles.—Véanse arts. 1608, 1693, 1722, 1913 y 2209.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2222.—El depositario está obligado cuando el depósito es irregular á restituir otro tanto del dinero depositado, con tal que sea de la misma especie.—XVIII, 255.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2222.—El depositario sin contrato escrito, por un valor que exceda de doscientos pesos fuertes, de ser creído sobre su declaración, tanto respecto al monto, como cuanto sobre



que lo empleó desde ese día, lo que es completamente arbitrario, pues, si pudiera demostrarse el tiempo en que las cosas fueron empleadas, debería pagar el interés desde ese tiempo.

Lo mismo me parece arbitraria la disposición que priva al depositario de un elemento de pago como la compensación, que en todos los contratos es natural, y únicamente la admite en un solo caso; así no me parece justificada la disposición del **art. 2223** que

(**Art. 2223.**) Considero la doctrina de este artículo equivocada, pues contraría los principios consignados en el Código y crea un privilegio que no tiene razón de ser en el estado actual de nuestra legislación. El depósito irregular es un verdadero préstamo, cuando se ha autorizado al depositario para usar de las cosas, pues éste es dueño de ellas y los peligros son á su cargo. ¿Por qué se le prohíbe la compensación? Por la falsa idea de que el depósito es un servicio de amigo que debe ser desempeñado con lealtad; idea completamente errónea en el depósito irregular, desde que el depositario es el beneficiado y no presta servicio alguno: es deudor de una suma de dinero ó de una cantidad de cosas consumibles, y lo que era justo, tratándose del depósito de cosas no consumibles, ó que se entregaron como tales, viene á ser injusto refiriéndose á causas que se pueden considerar como comunes. ¿Por qué no podría compensar los mil pesos que me han dado en depósito, con la facultad de usarlos, con los mil que después he prestado al mismo depositario? Se ha tenido en cuenta las palabras, abandonando los hechos. La redacción del artículo no es clara y se presta á diversas interpretaciones. En su 1ª parte sólo admite la compensación por la cantidad concurrente que el depositante deba al depositario por otro depósito. Pero cuando A, depositario de B, fuera cesionario de un depositante C, á quien B, le debiere por causa de depósito una cantidad. ¿Podrá compensarla? El artículo no se opone, ni creo que pueda negarse con visos de razón esta compensación, porque ambos son depositantes y depositarios á la vez, aunque uno lo sea por cesión. Pero la 2ª parte supone el caso de cesión de créditos, y la expresión general abraza la cesión del crédito que el depositario tuviera como depositante contra su mismo

la forma y plazo para su restitución, y no está obligado á abonar intereses por su uso si no consta expresamente que le estaba prohibido.—Jur. Civ., II, 299.

Faltos de la Cám. de Apél. de la Cap.—Aplicación del art. 2222.—El depositario no está obligado á pagar los intereses por el uso del depósito, si no consta que expresamente le estaba prohibido.—Jur. Civ., II, 299.



dice: el depositario puede retener el depósito por compensación de una cantidad concurrente que el depositante le deba también por depósito; pero si se hubiese hecho cesión del crédito, el cesionario no puede embargar en poder del depositario la cantidad depositada:

deponente, ó de otro crédito extraño al depósito, ó á la cesión que el depositante primero hubiera hecho; por ejemplo, A, deposita en poder de B, mil pesos, posteriormente B, ha depositado en poder de A, quinientos, éste puede compensar los quinientos que depositó, cuando le sean reclamados los mil; pero B, se ha hecho ceder por C un crédito de depósito por quinientos que tiene contra A, como cesionario del depositante puede compensar su depósito, porque representa á su causante. Si el depositario B, tuviera un crédito contra A, por préstamo ó cualquiera otra causa que no sea depósito, como no podía compensar ese crédito, no se le acuerda el derecho de retener el depósito en su poder.

Lo que el artículo en su segunda parte ha querido impedir es que el depositante por el traspaso de su crédito á un tercero, pudiera libertarse de la compensación que el depositario podía oponerle por otro depósito, y dispone que la cesión no dará al cesionario más derechos que los que el cedente tenía; pero cuando la cesión del crédito por depósito se hubiera hecho antes que el cedente hubiera recibido el depósito de su depositario, no habría razón para que el cesionario no pudiera embargar el crédito en poder del depositario. Por ejemplo: Alberto deposita mil pesos en poder de Julio el 4 de Junio y los cede á Emilio en esa fecha, si posteriormente, Julio deposita mil pesos en poder de Alberto, Emilio podrá embargar los mil del crédito cedido, porque no le puede aquel oponer la compensación por un crédito posterior á la notificación; pero no, si la cesión se hubiera hecho posteriormente á los dos depósitos. Es preferible restituir en su expresión clara, el texto de Freitas, art. 2664, de donde fué tomado nuestro artículo: «fuera de los casos del art. 2643, no podrá retener el depósito sino por compensación de una cantidad concurrente que el depositante le deba á título de depósito. Si cediera á otro un crédito que no podía compensar, el cesionario no puede embargar en poder del depositario la cantidad depositada». — Véanse los arts. 824, 2199, 2219 y 3939.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2223. — Reconocido el hecho de haberse recibido un depósito irregular, el deudor está obligado á su devolución sin que pueda invocar la compensación con saldos de créditos que no revisten igual origen. — Jur. Civ., VII, 257, Sér 3ª.

CAPÍTULO IV

OBLIGACIONES DEL DEPOSITANTE

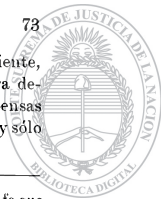
§ 614.—GASTOS DE CONSERVACIÓN

El contrato de depósito es gratuito, es un servicio de amistad que se presta al depositante guardándole la cosa, por esa razón éste se encuentra más fuertemente obligado para aquel que le hace el beneficio, y en justicia no debía permitir que sufra perjuicio alguno y por eso la ley civil viene en su apoyo al establecer que, *el depositante está obligado á reembolsar al depositario, todos los gastos que hubiese hecho para la conservación de la cosa depositada, y á indemnizarle de todos los perjuicios que se le hayan ocasionado por el depósito (art. 2224)*, de modo que el

(**Art. 2224.**) Los gastos para la conservación de la cosa, son los que se llaman mejoras *necesarias* (art. 591). si cualquiera las hubiera hecho tendría acción para cobrarlas, y con más razón la tendrá el depositario que está encargado de su guarda. Si esas mejoras hubieran dejado de existir sin su culpa, siempre conservará el mismo derecho, que se extenderá á lo gastado en ella. El depositario no debe hacer esas mejoras de conservación, cuando el depositante le hubiere entregado la cosa deteriorada, á menos de haberlo autorizado, porque conociendo los deterioros se supone que no ha querido hacer gastos, y porque el art. 2204 sólo le obliga á dar aviso de los deterioros. El depositario sólo está obligado hacer los gastos urgentes. Laurent, Massé y Verger, sobre Zachariæ y Dalloz, opinan que el depositario no puede cobrar las mejoras útiles hechas en la cosa, contra la opinión de Aubry y Rau, Duvergier y Pont.

La acción de *in rem verso* se da al que ha hecho un gasto en provecho de otro, para que no se enriquezca con daño del que lo hizo, y supone la voluntad de indemnizar al que ha obrado en nuestro prove-



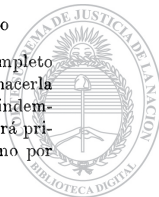


depositario podría demandar la indemnización correspondiente, cuando por salvar la cosa depositada en un incendio, hubiera dejado perecer la suya propia; pero no podría pedir las impensas útiles hechas en la cosa, sino por la acción de *in rem verso*, y sólo por aquello en que el depositario se hubiere enriquecido.

cho. ¿El depositario no se equipararía acaso al poseedor de mala fe que puede cobrar las mejoras por el aumento de valor de la cosa (art. 2441), ni al transformador de mala fe (art. 2569), ni al acreedor prendario (art. 3228), ni aun al indigno? (art. 3308). ¿Por qué el deponente se enriquecería á costa del depositario? En primer lugar el depositario es poseeder de buena fe, sabe que la cosa no es suya, como lo sabe el locatario que hace mejoras voluntarias en la cosa arrendada y obraría en ese caso como gestor de negocios, y por lo menos tendría derecho á *aquello* en que se hubiere enriquecido el deponente: sería poco equitativo no concederle la misma acción que al ladrón ó al transformador de mala fe, que puede ser obligado á devolver la cosa y acusado criminalmente. El argumento que nace del art. 3228, sobre la prenda, tiene gran fuerza por la similitud de posiciones entre el acreedor prendario y el depositario, y apoya la tesis que sostenemos. Cuando se da en depósito un terreno, pues los inmuebles pueden depositarse, y el depositario hace un palacio: se debe aplicar el art. 2589, y el depositante tendría derecho para hacerlo demoler ó si quiere aprovecharlo, pagar la mano de obra y los materiales: no se aplica entonces el criterio del mayor valor. Para ser justos en el desarrollo de la doctrina, debía concederse al depositante el derecho de hacer destruir las mejoras que no quisiera pagar y sólo cuando se aprovechase de ellas, debería abonar el mayor valor que han dado á la cosa.— Véase art. 1957, n° 1.

En cuanto á las sumas gastadas en la conservación de la cosa, se pregunta Pont, n° 509, si deben ser productivas de intereses, y contesta muy bien en mi opinión, que habría sido equitativo acordarlos; pero como la ley guarda silencio, es necesario atenerse á la regla, de que sólo son debidos desde la interpelación, en que el deudor queda constituido en mora, y lo confirman nuestros arts. 508 y 509.

En lo referente á *todos los daños y perjuicios* comprenderá cualquier daño sobrevenido por ocasión del depósito, como si habiéndome entregado un caballo con una enfermedad contagiosa, la hubiera transmitido á los que tengo en las caballerizas; si fuera asaltado por los que pretendieron la cosa depositada, destruyendo puertas, etc., (Troplong, n° 190) se me deberá el perjuicio causado; si en caso de incendio he salvado la



El depositario tiene el derecho de retención para el completo pago de lo gastado en la conservación de la cosa, y puede hacerla vender judicialmente, cuando el depositante se negare á indemnizarlo. Si el depositario hubiera entregado la cosa, no tendrá privilegio sobre los demás acreedores en caso de concurso, sino por los gastos de conservación.

cosa depositada dejando perecer la mía; si he dado mayor sueldo á los empleados para guardas la cosa, etc.; la regla debe ser, indemnizar al depositario de toda pérdida directa que el depósito le hubiere ocasionado, á menos de haber ocurrido por su culpa.—Comp. PONT, al art. 1947. DURANTON, XVIII, n° 73, y TROPLONG, al art. 1947, l. 38, tít. 3, lib. 5 y 8, tít. 3, lib. 16, Dig.

Freitas dice: «los gastos de conservación que fueren urgentes, los de transporte, recibo, entrega, la retribución ofrecida y todos los perjuicios ocasionados, siempre que no hubiere culpa», y así debe entenderse por nuestro derecho. — Véanse arts. 1949, 2196, 2199, 2204, 2218, 2228, 2464 y 2441.

—
Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2224.—L. 10, Tít. 5, Part. 5ª.—L. 8, Tít. 3, Lib. 16, Dig.—Cód. Francés, art 1947.—Italiano, 1892.—Napolitano, 1819.—Holandés, 1765.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—*Aplicación del art. 2224.*—El depositario debe justificar los gastos que le haya ocasionado el depósito si pretende le sean abonados.—Jur. Civ., XIV. 71. Sér. 4ª.

CAPÍTULO V

DE LA CESACIÓN DEL DEPÓSITO

§ 615.—CESACIÓN POR TIEMPO, PÉRDIDA Ó ENAJENACIÓN DE LA COSA

Como el contrato de depósito tiene su fundamento en la voluntad de ambos contratantes, no se disolverá sino cuando esa voluntad se haya manifestado de modo á no dejar dudas, pidiendo el uno el depósito y entregándolo el otro, por eso dice el **art. 2225**: *el depósito voluntario no se resuelve, ni por el fallecimiento del depositante, ni por el fallecimiento del depositario*, continuando los herederos en el mismo pie que estaban sus causantes. Pero *el depósito se acaba*.

1º *Si fué contratado por tiempo determinado, acabado ese tiempo* (**art. 2226**, n° 1, 1ª parte): pero es necesario interpelación extrajudicial ó judicial, porque no se concluye *ipso jure* por el solo vencimiento.

2º *Si fué por tiempo indeterminado, cuando cualquiera de las partes lo quisiere* (**art. 2226**, n° 1, 2ª parte): porque se ha dejado á la voluntad de ambas la duración del contrato.

(**Art. 2225**.) Siendo el depósito un contrato de beneficencia y de pura amistad, habría sido más natural resolverlo por la muerte de cualquiera de los contratantes, porque se alteran por su base las condiciones. Nuestro artículo ha preferido seguir el principio general de que todo contratante estipula para sí y sus herederos. Esta disposición se aplica tanto al depósito regular como al irregular. — FREITAS, art. 2670. — Véanse arts. 1195, 1196, n° 3 y 4, y 2217.

(**Art. 2226**, n° 1.) Se exceptúa el depósito regular, que siendo en favor del depositante, puede pedirlo antes del tiempo señalado, salvo el caso determinado en la nota al art. 2217. Algunos opinan, que cuando





3º *Por la pérdida de la cosa depositada* (art. 2226, nº 2) ocurrida en cualquier modo, porque no hay cosa que guardar. Si la pérdida ocurrió por causa del depositario, éste responderá por los daños y perjuicios.

el depositario tuviera motivos graves para no guardar la cosa, la estipulación del término no le privaría pedir á la justicia la autorización necesaria para entregarla al depositante, ó que se designara una persona en cuyas manos se debiera hacer. Pont, al art. 1944, nº 494, y Troplong, nº 178, adoptan esta opinión, pero sin dar razón alguna que la apoye. Por mi parte, creo que el depositario está obligado á cumplir el contrato, pues es la ley de las partes, y así lo enseña la l. 6, tit. 34, lib. 4, Cód. Romano, *legem qua hanc suscepit, serrare necesse habet*. No se puede traer como ejemplo el caso del secuestro de la l. 5, tit. 3, lib. 16, Dig., porque el depósito judicial no es en realidad un contrato, y á nadie se perjudica con el cambio de depositario, mientras no sucede así con el depósito voluntario. En el segundo caso del artículo, cualquiera de las partes puede pedir la resolución, pues, el que ejercita un derecho, no es responsable de los perjuicios causados (arts. 911, 939 y 1071) y puede hacerlo en cualquier tiempo. No creo deba aplicarse al presente caso, la disposición del art. 2978 sobre la renuncia del mandatario, porque su derecho no está limitado como el de éste, y sin una ley expresa no se le puede hacer responsable de su ejercicio. Sería una injusticia que cuando presta un servicio, cuya continuación depende muchas veces de su propia voluntad, le exigiéramos una investigación previa sobre si su renuncia causa ó no perjuicio al deponente, ó que sólo pudiera hacerlo con causa suficiente. No se puede imponer una restricción, sin una disposición expresa. Freitas, art. 2665, nº 2, es más claro al decir; «el depósito se resuelve cuando el depositario lo quisiera».

(Art. 2226, nº 2.) Esto confirma la tesis sostenida en el art. 2219; el depósito se concluye por la pérdida de la cosa depositada, y la acción del deponente, cuando fué por culpa del depositario, se transforma en una ordinaria de pago de daños y perjuicios, que tienen por base el valor de la cosa. Cuando el depositario se hubiera obligado á responder por los casos fortuitos ó de fuerza mayor, debería el valor de la cosa perdida; el art. 890 convierte la obligación de entregar una cosa cierta, en la de daños é intereses. Creo se debe aplicar el art. 2274 en su caso. La presente disposición sólo rige para el depósito regular, no puede existir pérdida de la cosa, desde que se debe otro tanto.— Véanse arts. 1521, 1604, nº 3, y 1171

4º *Por la enajenación que hiciere el depositante de la cosa depositada (art. 2226, n° 3)* si la reclamase el adquirente; pero el depositario puede rehusarse á guardar la cosa, si tiene conocimiento de la enajenación; porque no está obligado á hacer un beneficio al adquirente.

(**Art. 2226, n° 3.**) A esta última causa deben agregarse las que hacen terminar los demás contratos, como lo enseña con razón Freitas, art. 2065, n° 4; porque en efecto, el depósito se concluye por la novación, si se transforma en locación; por la transacción, si es objeto de litigio ó de un arreglo entre las partes; por la confusión si el depositario sucede en los derechos del depositante ó si éste sucede en los derechos de aquel; por la remisión ó renuncia de los derechos del depositante. El art. 724 debe aplicarse en cuanto sea compatible con la naturaleza del acto; agrégase la causa del art. 2184.



CAPÍTULO VI

DEL DEPÓSITO NECESARIO

§ 616.—DEL DEPÓSITO EN CASOS DE PELIGRO



El depósito necesario exige, lo mismo que el voluntario, el consentimiento de los contratantes, aunque más limitado en su radio de acción, porque el depositante no puede elegir en medio de acontecimientos desgraciados que pesan sobre él; por eso dice el **art. 2227**: *será depósito necesario el que fuese ocasionado por incendio, ruina, saqueo, naufragio, incursión de enemigos, ó por otros acontecimientos de fuerza mayor, que sometan á las personas*

(**Art. 2227.**) Nuestro Código, inspirándose en la legislación romana, ha distinguido las causas que pueden dar ocasión á un depósito, influyendo sobre la voluntad del deponente; esta distinción ha desaparecido en el Cód. Civil Alemán, pero la admite, como lo demás, para los posaderos ú hoteleros.

Los casos de incendio, ruina, etc., son traídos como ejemplos. La causa generadora del depósito debía existir en el temor de un peligro inminente ocasionado por esas causas, según la l. 1, § 3, tít. 8, lib. 16, Dig. Nuestro artículo la llama *imperiosa necesidad*.

Algunos autores enseñan, que no es preciso que el depósito se haga por causas de desgracia; porque la necesidad puede provenir de otras circunstancias, como la orden dada á un militar de abandonar su acantonamiento en el mismo instante, ó la expelida á un embajador de dejar inmediatamente el país. Creo por mi parte, que fuera de las causas semejantes á las enunciadas, el juez puede encontrar otras en que haya la imperiosa necesidad exigida por el artículo. La Corte de Rennes, 2 Agosto de 1819 (*Dalloz*, V, 73), ha decidido, que cuando el objeto existiera en otra casa que la incendiada, de donde se la sacó depositándola en otra, no puede ser regido por la regla del depósito necesario.



á una imperiosa necesidad; y el de los efectos introducidos en las posadas por los viajeros, por la necesidad en que estos se encuentran de confiar sus cosas á las casas donde viven momentáneamente.

El depósito hecho en circunstancias tan apremiantes para el deponente que trata de salvar sus cosas, puede demostrarse por

No estoy conforme con los que sostienen que el depositante debe encontrarse en la disyuntiva «de perder su cosa ó de depositarla en manos del primero que la encuentre»; porque la imperiosa necesidad de que habla el artículo, no se limita al peligro de perderla, sino á la necesidad de entregarla á otro, pues hay depósito necesario cuando se entrega el objeto en manos del primer pasante, para correr á salvar á una persona que se ahoga ó se quema. Opino como el Dr. Llerena, en este caso, que cuando existe inminente peligro de muerte de una persona, el depósito hecho por la que acude en su ayuda debe considerarse como necesario, aunque la cosa misma no corra peligro alguno; porque la voluntad del depositante no ha tenido la libertad de la elección en este, caso. Respecto de la prueba se admitirán todas las autorizadas por derecho.

Los efectos introducidos en las posadas que gozan del mismo privilegio del depósito necesario, no es por el peligro que corran las cosas, sino porque el viajero no ha tenido libertad completa para elegir alojamiento.—Comp. Cód. FRANCÉS, art. 1949 y 1952. PONT, al art. 1948, n° 514. TROPLONG, al art. 1949, n° 199. FREITAS, art. 2684. Cód. DE CHILE, art. 2236. GOYENA, arts. 1686 y 1689.

«El depósito no es necesario por el solo hecho de que el deponente se hubiere encontrado en una gran dificultad para encontrar depositario. No basta aun para que el depósito sea necesario que un peligro pueda ser previsto; es necesario que ese peligro sea bastante premioso para que el depositante tenga necesidad de hacer el depósito y no haya tenido tiempo de encontrar un depositario». Baudry-Lacantinerie y Wahl, n° 1184.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2227.—En cuanto á la primera parte, L.L. 1 y 8, Tit. 3, Part. 5°.—L. 1, §§ 3 y 4, Tit. 3, Lib. 16, Dig.—En cuanto á la primera y segunda, Cód. Francés, art. 1949 y 1952.—Italiano, 1861 y 1896.—Napolitano, 1821 y 1824.—Holandés, 1740 y 1746.—Las Leyes Romanas y las de Partida no consideraban como depósito necesario el de los efectos introducidos en las posadas por los viajeros, sino como un cuasi-contrato. La asimilación del depósito en las posadas con el depósito necesario, está fundada en que los



cualquier género de prueba, no sólo respecto del hecho del depósito, sino con relación al valor del mismo; por eso se hace en este caso una excepción al principio general, de que no se admite la prueba testimonial en los contratos cuyo valor exceda de doscientos pesos; así, *en el depósito necesario es admisible toda clase de prueba (art. 2238)*; pero *en todo lo demás el depósito necesario es regido por las disposiciones relativas al depósito voluntario (art. 2239)*.

(**Art. 2238.**) Debe tenerse presente que el privilegio concedido á los viajeros, por los efectos introducidos en las posadas, no es porque en realidad sea un depósito necesario, sino por una asimilación, pues, éstos no han tenido completa libertad, desde que necesariamente deben alojarse en una ú otra parte. El verdadero privilegio, concedido á este depósito, es que puede demostrarse por cualquier género de pruebas, pero como los jueces son los que deben apreciarla pueden dejarlos sin valor, si atendiendo á las condiciones del viajero, á sus medios y posición social, resultara completamente improbable que hubieran podido introducir tales ó cuales efectos, ó si los testigos fueran sospechosos, etc.: lo mismo se puede decir en el caso del verdadero depósito necesario.—Véase mi nota al art. 1191. Cód. FRANCÉS, art. 1950, y FREITAS, art. 2687.

(**Art. 2239.**) En el depósito necesario, el depositario responde del daño ó pérdida de la cosa, siempre que no sea proveniente de caso fortuito ó fuerza mayor, y por consiguiente, tiene mayor responsabilidad que en el voluntario: el depósito necesario puede probarse por testigos, cualquiera que sea la importancia de aquel, el voluntario no: fuera de estas diferencias capitales, en lo demás se rigen por las mismas disposiciones;

viajeros que se hospedan en ellas, están en cierto modo forzados á confiar sus efectos á la fe del posadero. La misma Ley Romana decía: *Quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiri eorum committere.*—L. 1, Dig., *Nautae*, etc.—Ellos las más veces no están en estado de elegir la posada, ó puede no haber sino una posada en los lugares á que lleguen: no conocen las localidades, ó son llevados á los hoteles por la administración que los conduce.

La responsabilidad al parecer extraordinaria, que se exige en este Capítulo de los posaderos, nace también de las circunstancias especiales del acto de introducción en las posadas de los efectos de los viajeros. El posadero en el hecho de abrir una posada al público, se ofrece á recibir el depósito de lo que lleve el viajero, y este depósito no es sólo en el interés del depositante, sino también en el interés del depositario: el posadero, que lleva un precio por la persona y efectos de los que se alojan en su casa.



Otra de las excepciones que se hacen en favor del depósito necesario, por las circunstancias especiales de que se encuentra rodeado, es que cuando tiene lugar *por ocasión de peligro ó de fuerza mayor, puede hacerse en personas adultas aunque incapaces por derecho, y estas responden del depósito, aunque no estén autorizadas por sus representantes para recibirlo (art. 2228)*; pero es necesario que tengan voluntad para consentir, pues, sin esta no es posible el contrato.

así, siendo el depósito necesario un contrato en que la voluntad, aunque limitada, tiene su papel principal; se precisa que ambos la tengan y sean capaces de manifestarla; sólo por una excepción á los principios generales, el art. 2228 ha permitido celebrarlo á los menores adultos y á las mujeres casadas sin consentimiento de sus maridos.—Comp. TROPLONG, l. c., n° 205.

Freitas, art. 2603, dice: «las disposiciones sobre depósito voluntario son aplicables al depósito necesario, no habiendo en el § 2° disposición en contrario», y así debemos entenderlo.—Comp. GOYENA, art. 1688, Cód. de Chile, art. 2240.

(**Art. 2228.**) Freitas, art. 2685, dice: «cuando el depositario fuere menor adulto ó mujer casada» y el Cód. Chileno, art. 2238, «cuando fuere adulto que no tenga la libre administración de sus bienes, pero que está en su sana razón». Así podemos decir, *las personas adultas aunque incapaces por derecho*, á que se refiere el artículo, son los menores púberes no emancipados, y las mujeres casadas, que deben responder *por el depósito*, como dice Freitas, aunque la cosa no estuviera en su poder ó no hubieran aprovechado de ella; están en el mismo caso del art. 2259 en que el menor púber que con dolo induce á la otra parte á contratar, es considerado como mayor para la devolución de la cosa dada en comodato. Pero responder por la cosa depositada, no es estar sujeto á las obligaciones del depositario, como algunos creen, pues no puede imponerse á un menor, tal obligación sin notoria injusticia, y sin alterar los principios del derecho. La doctrina tal vez, es criticable; pero debe tenerse en cuenta que no se puede causar gran daño á los menores adultos con entregarles un depósito en tales condiciones, porque el depositante lo reclamará inmediatamente de pasar el peligro; pero no es injusto en sí. El legislador ha de-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2239.—LL. 1, Tit. 3, Part. 5ª, y 1. Tit. 3, Lib. 16, Dig.—Cód. Francés, art. 1351.—Napolitano, 1823.—Holandés, 1742.



§ 617.—DEL DEPÓSITO HECHO EN LAS POSADAS

Los viajeros que se encuentran en la necesidad de albergarse en cualquiera de las posadas de la localidad donde llegan, deben ser protegidos contra los perjuicios que pudieran recibir en los objetos que se ven obligados á introducir, y no obstante los reglamentos particulares de los hoteles, de que no responden sino por los objetos entregados á los dueños, no pueden eximirse de la responsabilidad, aunque los hubiéren hecho firmar que consentían en libertarlos; por eso dice el **art. 2230**: *el posadero y todos*

bido colocarse entre estas dos dificultades: desamparar al que se halla en un trance difícil, ó imponer al menor adulto, ó á la mujer casada que tienen suficiente discernimiento, la obligación de devolver las cosas que han recibido, y me parece que en esa alternativa ha elegido con razón, imponiendo al incapaz la obligación de devolverla teniendo en cuenta la probable reclamación inmediata, ó que sería guardada por los tutores ó maridos. Troplong, dice: «el incapaz por su naturaleza y posición legal, no podría llegar á ser capaz por puras circunstancias fortuitas»; pero recurre al cuasi-contrato para hacerlo obligatorio; teoría aceptada por el Cód. Chileno, art. 2238, y está en las conveniencias sociales admitirla. La doctrina del artículo no es discutible cuando la cosa depositada existe en poder del depositario, como lo hace notar Pont, al art. 1947, n° 516. — Comp. arts. 55, 127, n° 2, 1192, 2259, 3886 y 3887.

(**Art. 2230.**) Se entiende por posaderos en el sentido de la ley á aquellos *cuya profesión consiste en dar alojamiento á los viajeros*, y debemos de agregar, que esa profesión se encuentra mejor definida, cuando se anuncia públicamente por emblemas ó muestras que así lo indiquen, ó por avisos en los diarios; aunque no es necesario tales anuncios, bastando que la ejerzan públicamente; así deben comprenderse las casas amuebladas, y en las Provincias las casas de familia que reciban huéspedes; pero no se juzgarán tales, á los que lo hicieren por ocasión, como en los casos de grandes fiestas, exposiciones ó cosas semejantes, ni comprenderá á los que viven permanentemente en hoteles y casas amuebladas. En cuanto al *daño* que sufran los efectos, no debe hacerse distinción alguna, entre los que se acostumbran llevar y los que son de gran

aquellos cuya profesión consiste en dar alojamiento á los viajeros, responden de todo daño ó pérdida que sufran los efectos de toda clase introducidos en las posadas, sea por culpa de sus dependientes ó de las mismas personas que se alojan en la casa; pero no responden de los daños ó hurtos de los familiares ó visitantes de los viajeros.

¿Como se realiza el depósito? Es necesario dar una forma

valor, art. 2235, porque existiendo el objeto, y no tratándose de su pérdida, el posadero debe responder de los efectos de toda clase, como dice el artículo; pero tratándose de la pérdida la distinción se impone. El posadero responde por sus dependientes ó por los otros viajeros que se alojen en el hotel, y su responsabilidad cesa si el acto ha sido ejecutado por otras personas, como los proveedores del hotel ó los que entran y salen con diversos objetos; habiendo resuelto así las dificultades que se notaban con la redacción del art. 1953, Cód. Francés, al referirse á los extranjeros que van y vienen en el hotel.

Por nuestro Código, el hotelero responde del daño que causen en los efectos, *todos* los que se alojan en el hotel, excepto los dependientes de la casa, que no necesitan vivir allí. En cuanto al hurto, se debe hacer la distinción indicada respecto á la clase de los objetos que el viajero acostumbra llevar. El artículo hace responsable al posadero de los daños y hurtos que cometan los otros viajeros que habitan, pero si estos pidieran ser alojados con otros en las mismas piezas, sería el caso del art. 2236, pues, si fuera robado por el compañero ó amigo sería por su culpa ó imprudencia que habría sucedido; no así, cuando el posadero ha colocado diversas personas en una misma pieza, para sacar mayor provecho. Los jueces deben apreciar los hechos producidos teniendo en cuenta que el privilegio concedido á los viajeros no los exime de la culpa ó imprudencia que cometan, siendo ocasión del daño ó hurto. La regla es: el posadero responde de los objetos introducidos en la posada, entendiéndose por ésta, no sólo la casa, sino las dependencias, como patios, caballerizas y lugares adyacentes que estén bajo la vigilancia del posadero. Si por consejo ú orden del posadero se han dejado fuera, y aun en la vía pública, carros, carruajes ó mercaderías, que no han podido ser entradas en la posada ó en sus dependencias, debe responder como si hubieran sido introducidas; pero no creo como la generalidad de los autores franceses que la responsabilidad se extienda, aunque no haya promesa, orden ó consejo del posadero para dejarlos fuera, y creo como Duvergier, l. c., n.º 515, que debo admitirse esta opinión con mucha reserva, con tanto más razón, cuanto





especial para garantizar á los viajeros, y por esa razón dice el **art. 2229**: *el depósito hecho en las posadas se verifica por la introducción en ellas de los efectos de los viajeros, aunque expresamente no se hayan entregado al posadero ó sus dependientes, y aunque ellos tengan la llave de las piezas donde se hallen los efectos*;

que la letra de la ley es contraria. Los efectos que un viajero envía al hotel, para que se los guarden sin venirse á alojar en él, no se consideran como depósito necesario.—Comp. DURANTON, XVIII, n° 83. TROPLONG, n° 227. PONT, n° 532 y AUBRY y RAT, § 406, nota 6.—Véase mi nota al art. 1118.—Comp., arts. 1067, 1111, 1119, 1120, 1121, 2231, 2233 á 2235.

(**Art. 2229.**) Basta la introducción de los efectos en la posada para que el hotelero responda de ellos. ¿Qué debe entenderse por *efectos*? ¿Se comprende, el dinero, las joyas y piedras preciosas? La palabra *efecto* abraza por su generalidad toda clase de bienes muebles, y comprende los objetos preciosos y el dinero: teniendo en cuenta que para responder de ellos es necesario haberse llenado las condiciones del art. 2233, que limita el término general. Además, debe tenerse presente las circunstancias especiales de cada caso, y atenerse en general á los objetos ú efectos que los viajeros acostumbran llevar, según su condición social. El Cód. Alemán, § 702, no hace responsable al dueño del hotel, de los fondos, valores ú objetos preciosos, sino hasta la suma de mil marcos, á menos que sea encargado con conocimiento del valor de esas cosas, ó cuando ha rehusado tomarlas; disposición bien calculada que consulta las necesidades que la ley debe proteger y á que se refiere nuestro artículo. Así, no estoy conforme con el Dr. Llerena cuando considera como depósito *voluntario* el del dinero entregado por el pasajero en manos del hotelero, confundiendo á mi juicio el depósito necesario por causa de ruina, incendio ú otro acontecimiento semejante, con el que tiene lugar por el hecho de introducir los efectos en una posada, que obedecen á causas diversas, pero que la ley los considera en iguales condiciones. Si el dinero ú objetos de valor introducidos en una posada son considerados

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2230.—Cód. Francés, arts. 1953 y 1954.—Italiano, 1818 y 1821.—Napolitano, 1825 y 1823.—Véase la importante L. 26, Tit. 8, Part. 5ª.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2230.—Los hoteleros y posaderos tienen privilegio especial y derecho de retención sobre los equipajes y efectos introducidos en su establecimiento por los viajeros.—Jur. Crim., X, 349, Sér. 2ª.



porque el tener las llaves de una pieza, no es una garantía para el viajero, desde que el posadero ó sus dependientes pueden poseer otras iguales. El viajero no tiene pues, obligación de declarar qué clase de efectos introduce en la posada para obligar al posado en caso de pérdida.

como un depósito necesario de que responde el dueño del hotel, con sólo hacerlo saber al posadero ó con mostrárselos, art. 2235, con más razón debe responder en las mismas condiciones cuando esos valores le fueron entregados. Como el depósito puede demostrarse por toda clase de prueba y se expondría el hotelero á ser víctima de la mala fe, ó de ladrones en convivencia con los pasajeros, los jueces deben tener en cuenta, al apreciar la prueba, las condiciones sociales de los viajeros, su fortuna, su manera de vivir, etc., rechazando ó admitiendo la prueba testimonial según los casos.

El viajero debe probar no sólo la introducción de los objetos, sino de los valores, número y calidad. No hay necesidad de entregarlos al posadero ó á sus dependientes, basta con demostrar su introducción. Se consideran como introducidos, desde el momento que en la estación del ferrocarril se hayan entregados los efectos á los empleados del hotel encargados de llevar á los pasajeros en los carruajes ú omnibus del establecimiento. La limitación de la responsabilidad del posadero, respecto de los objetos introducidos, se encuentra en el art. 2235: así, responde de esos objetos si son de los que regularmente llevan consigo los viajeros: es decir, dinero necesario para los gastos de viaje, vestidos y joyas de las que ordinariamente usan; si son de gran valor y que no se acostumbra á llevar, debe hacerlo saber al posadero, y aun mostrárselos si lo exige. Esta doctrina es un término medio entre la del derecho romano, de la l. 1, tít. 19, lib. 4, Dig., que imponía la obligación de dar conocimiento al posadero de los objetos, y la del Cód. Francés, art. 1952, que lo hace responsable por todos los objetos introducidos.—Comp. PONT, al art. 1952. TROPLONG, l. c., n^{os} 221 y sig.

Freitas, art. 2687, concede á los jueces la facultad de rechazar la prueba testimonial, cuando el pasajero no fuera personas de confianza ó las circunstancias le parecieran sospechosas, tomado del art. 2244, Cód. de Chile.— Véase POTHIER, *Dép.*, n^o 81.

Si el viajero con el temor de ser robado oculta los objetos introducidos, su acción no puede alterar la regla: el posadero responderá de ellos, si son de los que acostumbran á llevar los viajeros; pero no, si son objetos de gran valor. Cuando el viajero al partir deja depositados algunos



El posadero responde de los carros y efectos de toda clase que hayan entrado en las dependencias de la posada (art. 2231), siempre que se hayan colocado en los lugares donde habitualmente se les suele hacer estacionar.

El depósito hecho en las posadas, está asimilado al necesario, y por consiguiente es susceptible de ser probado por testigos, cualquiera que sea su valor.

Como el viajero no puede defenderse de las imposiciones que los posaderos les hicieren, porque estarían obligados á aceptarlas, el Código ha dado á estas disposiciones el carácter de leyes de orden público al ordenar, que *el posadero no se exime de la res-*

efectos, y el hotelero consiente en guardarlos, ese depósito es voluntario, pues el necesario ha cesado; lo mismo sucederá cuando le han depositado cosas para que las entregue á una tercera persona. Si los ha dejado olvidados en el hotel, se encontrará en el mismo caso de una persona que halla una cosa perdida, conociendo á quien pertenece, y debe guardarla hasta entregarla á su dueño. No basta que los efectos se hayan introducidos en la posada, es necesario que el viajero la habite; así, no habrá depósito necesario, cuando el viajero ha enviado sus efectos al hotel, pero no ha ido á habitar en él. — Comp. AUBRY y RAU, § 406, nota 2. DUVERGIER, XXI, n° 513. DELVINCOURT, III, 434, nota 2. PONT, l. c., n° 530.

(**Art. 2231.**) El artículo exige que los efectos hayan entrado en las dependencias de la posada, y por consiguiente se tendrá como tales, aquellos lugares que, aunque separados, dependen de ella y estén bajo la vigilancia del posadero. Freitas, art. 2689, n° 2, extiende la responsabilidad aun á las adyacencias de la posada, donde se hubieran depositado los efectos por no haber lugar; pero creo que sólo habrá responsabilidad, cuando el posadero mismo hubiera ordenado el depósito ó lo hubiere aconsejado. Si son dependencias de la posada, como se equiparan á la misma, no es necesario que el posadero tenga conocimiento, ni preste su consentimiento, para la introducción de los efectos. La Corte de París ha decidido (15 Septiembre 1808) que el posadero es responsable por las mercaderías de gran tamaño que el viajero se ve obligado á dejar cargadas en carros sobre la vía pública por falta de lugar en la posada; no admitimos esa teoría, sino en los casos indicados. — FREITAS, art. 2689, n° 2. TROPLONG, n° 227, y DURANTON, XVIII, n° 83.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2229.—Troplong, n° 218 y siguientes.



ponsabilidad que se le impone por las leyes de este capítulo, por avisos que ponga anunciando que no responde de los efectos introducidos por los viajeros; y cualquier pacto que sobre la materia hiciese con ellos para limitar su responsabilidad será de ningún valor (art. 2232); pero estas obligaciones que se les imponen y y que á primera vista parecen tan fuertes, tienen su atenuación en el art 2235, que dice: el viajero que trajese consigo efectos de

(Art. 2232.) El hecho de alojarse en una posada, conociendo las condiciones que el posadero ha puesto, no importa aceptarlas y por una sabia previsión del legislador, ha impedido que el viajero fuera víctima de las exigencias del posadero; pero lo que se refiere á avisos ó prevenciones que no pueden considerarse como contratos, no ha debido extenderse hasta erigir en una ley de orden público, prohibiendo cualquier pacto expreso en contrario. Ningún Código trae una disposición semejante, y por el contrario Freitas, art. 2690, n° 4, exime de responsabilidad al posadero, cuando el viajero por una declaración expresa, lo libera de la responsabilidad sobre tales ó cuales objetos, lo mismo el Cód. de Chile, art. 2248. Un pacto expreso sobre objetos determinados, no debería ser prohibido. ¿Por qué exigir al posadero responsabilidades sobre objetos que sería difícil ó imposible vigilar?—Véase la crítica de *La Instituta*, nota 302. TROPLONG, n° 240, fundado en la l. 7. tit. 9, lib. 4, Dig., autoriza este pacto como legítimo. Pero aun en el caso de considerarse nulo por ser contrario á una ley de orden público, sería susceptible de confirmación, desde el momento que hayan desaparecido las causas: es decir, desde que haya dejado de ser huésped del hotel.

(Art. 2235.) El Dr. Velez-Sarsfield en su nota, indica haber seguido la doctrina de Troplong, y la encontró redactada en el art. 2245, Cód. de Chile; pero al transcribirlo ha suprimido una parte esencial: «el viajero que trajere consigo efectos de gran valor (dice nuestro artículo copiando al Chileno) de los que regularmente no llevan consigo los viajeros, mien-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2232.—Aubry y Rau, § 405.—Véase sobre la materia, Troplong, núms. 240 y 241.—En contra, L. 21, Tit. 8, Part. 5ª, y L. 7, Tit. 9, Lib. 4, Dig.

Faltos de la S. C. N. — Aplicación del art. 2232.—La cláusula *sin responsabilidad* autorizada por los reglamentos aprobados por el Ejecutivo Nacional, en los conocimientos de carga, no exonera á las Empresas de ferro-carriles de la responsabilidad por los daños ó averías provenientes de hecho ó culpa propia, ó de sus factores, dependientes ó empleados.—XLIV, 25.



gran valor, de los que regularmente no llevan consigo los viajeros, debe hacerlo saber al posadero, y aun mostrárselos si éste lo exige, y de no hacerlo así, el posadero no es responsable de su pérdida,

tras que el Chileno dice: de los que no entran ordinariamente en el equipaje de personas de su clase». Así, el nuestro señala como regla de criterio para juzgar de los efectos que deben declararse, los que regularmente no llevan los viajeros, lanzándonos en la vaguedad más grande, y colocando en la posición más ridícula a los grandes personajes que vengan a alojarse en un hotel, la de tener que detallar todos los objetos de gran valor y aun hacer pasar revista de ellos. El Cód. Chileno salva esa dificultad al limitar a los que no entran ordinariamente en el equipaje de personas de su clase: así un príncipe que viaja con su comitiva, una gran artista que trae consigo ordinariamente joyas de gran valor para sus representaciones, no deberían verse obligados a exhibirlas ante el hotelero, pues él sabe que deben traerlas y redoblar en consecuencia su vigilancia. Esa es la teoría que ha debido aplicarse en nuestro Código, pero de su texto expreso debemos deducir otra consecuencia, y es que los viajeros tendrán obligación de hacer saber al posadero, que traen consigo efectos de gran valor, si quieren gozar del privilegio. El posadero no puede exigir el depósito en su poder de esos objetos, ni el viajero puede obligarlo a que los guarde; pero cuando de común acuerdo se los hubiere entregado, no cambia por eso la naturaleza de su obligación, aun por el contrario debería aumentarse, si fuera posible, porque si responde como en caso de depósito necesario, con sólo el hecho de mostrárselos, con mayor razón debe hacerlo, cuando se encargue de su guarda.—Comp., TROPLONG, al art. 1954, n° 225 y sig. FREITAS, arts. 2689, n° 5, enseña lo contrario de nuestro artículo.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2235.—La L. 26, Tit. 8, Part. 5ª, que habla de las cosas introducidas en las posadas, exige que lo sean con conocimiento de los posaderos, para imponerles la responsabilidad por su pérdida ó daño que en ella se causaren. Lo mismo la Ley Romana 1, Tit. 19, Lib. 4, Dig. Por esto los escritores, sobre el derecho Romano, como Pothier y Voet, imponen al viajero la necesidad de dar conocimiento al posadero de las cosas que introduce en la posada. El Derecho Francés varió esta legislación yéndose a otro extremo, pues impone la responsabilidad al posadero, aun cuando no se hubiese hecho saber lo que se introducía en la posada. Troplong, que ha tratado este punto largamente en el comentario al art. 1954, aconseja al viajero que avise al posadero de los objetos de gran valor que introduzca en la posada, por las dificultades que de otro modo se presentan en los juicios. Nosotros, siguiendo el Código de Chile, imponemos al viajero la obligación de dar conocimiento al posadero de los efectos de gran valor que introduzca, para que pueda cuidarlos de una manera más segura.

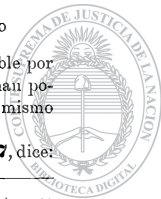


habiéndose separado en esta parte, sin razón á mi juicio de la verdadera doctrina, que pone en la mano de los jueces la facultad de determinar la indemnización que se debe pagar, según la prueba dada, atendiendo á la condición del viajero y á los efectos que podía tener en las balijs ó baules. Así, cuando el viajero ha introducido entre sus efectos plata ú oro, billetes de banco, alhajas ó joyas de valor, debe mostrarlas ante testigos al posadero, para conservar su acción en caso de pérdida.

El posadero no es responsable cuando el daño ó la pérdida proviene de fuerza mayor, ó de culpa del viajero (art. 2236); porque

(Art. 2236.) La ley 3, § 1, tít. 9, lib. 4, Dig., dice: el edicto se da contra aquel que se encargó de la cosa, aunque la pérdida ó daño no proviniera de su culpa, á menos que se haya ocasionado por un accidente fortuito, *nisi si quid damno fatali contingit*, y agrega; lo mismo se debe decir, cuando la pérdida ocurriera en hotel, siendo por fuerza mayor. En la nota 514 hicimos la diferencia existente entre la fuerza mayor, que se refiere al hecho del hombre, y el caso fortuito que proviene de la naturaleza; pero se consideran en la misma categoría cuando se trata de las responsabilidades. Y aunque el artículo sólo habla de la fuerza mayor que liberta al posadero, comprende con mayor razón el caso fortuito, que no ha podido preverse y que previsto no pudo evitarse. Otra cosa sería si el caso fortuito vino por culpa del hotelero ó de sus dependientes, como en caso de incendio del cuarto (que habita el pasajero) por culpa de los sirvientes. El posadero tiene mayor responsabilidad en el depósito necesario, que en el voluntario, pues en aquel responde de cualquier daño que provenga á las cosas siempre que no sea por fuerza mayor ó caso fortuito, mientras en este, sólo está obligado á poner el mismo cuidado que en sus propias cosas.

El privilegio de que gozan los viajeros, es respecto de la prueba, que puede darse por testigos, mientras en el depósito voluntario sólo se admite la escrita, cuando pasa la tasa de la ley. La otra excepción es de que las pérdidas provengan de culpa del viajero, que queda reducida á una cuestión de hecho; así, el viajero que duerme en el cuarto de una persona conocida, ó la admite en el suyo, ó deja los objetos de valor fuera ó sin llave, ó como dice Freitas, art. 2690, n° 2, si deja abierta la puerta de su cuarto, ó no echa llave á sus baules, ó no los guarda, y las cosas desaparecen, el posadero no será responsable. — Véase art. 1118, y su nota. TROPLONG, art. 238 y 239, trae varios ejemplos. MERLIN, *Rep. 1° Hotellerie*, Cód. DE CHILE, art. 2242.



en el primer caso, sería una injusticia hacerlo responsable por hechos que no se han podido prever, ó que previstos no han podido evitarse, y en el segundo, el viajero debe culparse á sí mismo de su negligencia.

¿Cuándo se reputa que hay fuerza mayor? El **art. 2237**, dice:

(**Art. 2237.**) La fuerza mayor se relaciona con los acontecimientos que provienen del hecho del hombre, cuando toman el carácter de irresistibles, como la guerra, bandos armados, etc.; por consiguiente si el robo se hiciera sin armas, ó cuando se pudiera resistir al ataque armado, el posadero será responsable. El robo, con rompimiento de puertas ó ventanas, no se asimilará á la fuerza mayor, si es que pudo resistirse. Será una cuestión de hecho, cuando la violencia armada ha asumido el carácter de irresistible, en que se tendrá en cuenta los medios de defensa del posadero. Cuando el hurto fuera cometido por los mismos viajeros, que se alojan en el hotel, el hotelero será responsable de él, según el art. 2230; pero con las distinciones que se han hecho. Así, cuando el viajero es hurtado por el mismo sirviente que lo acompaña, ó por alguno de su familia ó amigo con quien se alojare, el hotelero no sería responsable; en vano alegaría, dice Troplong, que siendo el criado un viajero como los demás, el hotelero debe responder del hurto cometido; porque esta responsabilidad es superada por la que tiene el mismo patrón, por la mala elección que ha hecho del sirviente, de cuyo daño él tiene la culpa. En estos casos ú otros semejantes, el hotelero no tiene responsabilidad, porque el daño ha provenido por culpa del viajero; pero no le serviría de excusa el haber caído enfermo, ó faltarle servicio, porque no ha debido recibir á los viajeros, sino tiene como atenderlos, ó sino puede prestar la vigilancia debida. Creo, pues, como el Dr. Llerena, que no hay caso especial en que el posadero pueda libertarse de su responsabilidad, fuera del fortuito, fuerza mayor ó de violencia armada que no pueda resistir, y esta interpretación, no sólo consulta el texto material sino el espíritu de la ley, porque la responsabilidad del posadero es y debe ser grande, con relación á los objetos introducidos en la posada, pues se aplica á individuos extraños á la localidad, que por necesidad han venido á depositarlos allí bajo su salvaguardia: si la responsabilidad se disminuyera por cualquier circunstancia, relativa al mismo posadero, se correría el peligro de entregar á los viajeros en manos de posaderos poco escrupulosos. Por eso dicen con



no es fuerza mayor la introducción de ladrones en las posadas si no lo hiciesen con armas, ó por escalamiento que no pudiese resistir el posadero; así, pues, los robos ejecutados aun de noche con escalamiento y efracción, no serán considerados como hechos de fuerza mayor, si no asumen el carácter de irresistibles para el posadero.

§ 618. — DEL DEPÓSITO EN LOS CAFÉS, FONDAS Y PIEZAS
AMUEBLADAS

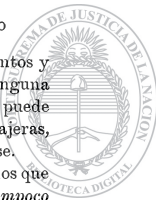
Las grandes responsabilidades que se imponen á los posaderos, con relación á los efectos de los viajeros, que se encuentran, por decirlo así, obligados á alojarse en los hoteles y posadas, responde á una verdadera y sentida necesidad de garantizarlos contra los abusos de que pudieran ser víctimas, obligándolos á aceptar cualquier condición, que no estaría en su mano el rechazar; pero *la responsabilidad impuesta á los posaderos, no se aplica á los administradores de fondas, cafés, casas de baños y otros establecimientos semejantes, ni respecto de los viajeros que entren en las posadas, sin alojarse en ellas (art. 2233);* porque la naturaleza

razón Aubry y Rau § 406: « los robos, aun cometidos de noche, con escalamiento y rompimiento de puertas, no deben considerarse, por esta sola circunstancia, como hechos de fuerza mayor ». — Comp. TROPLONG, l. c., n^{os} 234 y 235. — Véanse arts. 514 y 1528.

(**Art. 2233.**) Las disposiciones sobre posaderos son de derecho excepcional y deben aplicarse estrictamente; así, se puede decir en general, que no se aplicarán á los dueños de establecimientos que no tengan por objeto alojar á los viajeros. Si en los cafés ó establecimientos de baños se acostumbrase á alojar viajeros, se les aplicarán las reglas, pero sólo con relación á los que habiten allí, no así respecto de los que van accidentalmente. La palabra *fonda* está tomada en el sentido de un establecimiento donde sólo se da de comer, sin alojar á las personas. Freitas, art. 2691, se refiere á los *objetos* que los viajeros llevan consigo al entrar

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2237. — Troplong, núm. 234.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2237. — Véase el fallo al art. 2230. — Jur. Civ., X, 349, Sér. 2^a.



de esos establecimientos, destinados al consumo de alimentos y bebidas ó á la higiene del cuerpo, no les permite recibir ninguna clase de efectos. Son establecimientos donde todo el mundo puede entrar momentáneamente para satisfacer necesidades pasajeras, y en que el viajero no puede llevar efectos de ninguna clase.

El privilegio es concedido únicamente á los viajeros, y los que no tienen esta calidad no pueden alegarlo, por esa razón *tampoco se aplica respecto de los locatarios de piezas, á particulares que no fuesen viajeros, ó que no estén como huéspedes, ni respecto á las personas que viviendo ó pudiendo vivir en los pueblos, alquilan piezas como locatarios en las posadas (art. 2234)*; porque ya no

en las posadas, y así debe entenderse nuestro artículo, pues de otro modo no tiene sentido, desde que lo que se protege son los efectos, no á los viajeros. — AUBRY y RAU, § 406, nota 1. — Véanse arts. 2227 y 2239.

(**Art. 2234.**) Las disposiciones sobre responsabilidad de los posaderos son de derecho excepcional introducidas en favor de los viajeros, que se ven forzados en cierto modo á confiarles sus efectos, porque no tienen la libertad de elegir su alojamiento: *quia necesse est plerumque eorum fidem sequi, et res custodia eorum committere* (l. 1, § 1, tít. 9, lib. 4, Dig.). El depósito necesario y sus privilegios sólo se conceden en beneficio de los viajeros, que en general, no tienen conocimiento de la localidad y no pueden elegir alojamiento, estando obligados á aceptar los que se ofrecen públicamente. Las disposiciones del depósito necesario, se aplican á los que tienen la profesión de dar alojamiento á los viajeros, y sólo éstos pueden reclamarlas en su favor. Los locadores de piezas á personas que no son viajeros no están sujetos á sus disposiciones, y éstos no hacen depósito necesario por los efectos introducidos, pero lo estarán las casas amuebladas que habitualmente alquilan piezas á los viajeros, más no gozarán de ese privilegio los que no sean viajeros. El artículo agrega *ó que no estén como huéspedes*, refiriéndose á los particulares que alquilan piezas, por eso se ha creído que cuando no fueran viajeros, pero estuvieren como huéspedes, hacen depósito necesario, lo que es inadmisibles, pues el privilegio

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2233. — Aubry y Rau, § 406, nota 1. — Si limitamos al posadero que recibe efectos de viajeros, la responsabilidad impuesta en los artículos anteriores, es porque sólo los viajeros se ven en la necesidad de llevar consigo á las posadas las cosas con que viajan. Una persona, por ejemplo, que va á un café, no tiene necesidad de llevar consigo una bolsa de dinero ni de sacar su reloj y ponerlo en una mesa del café.

se encuentran en las condiciones de los que tienen forzosamente que aceptar el alojamiento.

es para los viajeros, no para los que viven permanentemente. Un empleado ó estudiante que tiene su domicilio en la localidad y que va á vivir en una casa como huésped ó en un hotel pagando una pensión, no hace depósito necesario, ni tiene los privilegios de los viajeros, y con menos razón cuando sólo alquila piezas amuebladas en el hotel.

La palabra *riajero*, dice Pont, indica que se trata de una persona extraña á la localidad, donde se encuentra el hotel en el que viene á residir momentáneamente. La disposición no es pues, para las personas que vayan á habitar en calidad de locatario al hotel de la ciudad donde tiene su residencia.

Las personas que viviendo ó pudiendo vivir en un pueblo, alquilen piezas en los hoteles ó viven como huéspedes, no pueden hacer uso de los privilegios acordados á los viajeros, según la última parte del artículo, porque esas disposiciones de derecho excepcional no se extienden por el hecho de ir á vivir á un hotel ó en una casa amueblada como huésped. Por eso dicen Aubry y Rau «no son aplicables (las disposiciones del depósito necesario) al caso en que las personas vinieran á habitar en calidad de locatarios un hotel ó casa amueblada de la ciudad donde tiene su residencia». Y si la calidad de domiciliado en el lugar le quita el privilegio concedido á los viajeros, cuando es locatario de una pieza en un hotel, no puede conferírsele el hecho de que le den la comida; porque no es en relación al servicio que le prestan, sino á la calidad de la persona, que se concede el privilegio. Resulta, pues, que el viajero hace depósito necesario aunque alquile piezas en las casas amuebladas; pero no siendo viajero, aunque estuviera como huésped no lo hace.

La palabra *locatario de piezas*, está equivocada como lo observamos en la nota 303 de *La Instituta* y lo han apoyado los Dres. Segovia y Llerona. La expresión de *á particulares que no fuesen riajeros*, significa, los que viven ó están domiciliados en la misma localidad donde está el hotel en que fueren á alojarse.—Comp. PONT, n^o 533 y 534. AUBRY y RAU, § 406, nota 1.



TITULO XVI

DEL MUTUO Ó EMPRÉSTITO DE CONSUMO

§ 619. — ESENCIA DE ESTE CONTRATO. — CONDICIONES
REQUERIDAS PARA SU VALIDEZ



El mutuo, ó préstamo de consumo, es un contrato esencialmente real que sólo se perfecciona con la entrega de la cosa (art. 2242) en el sentido de que no produce la acción propia del contrato, hasta que no se haya hecho la tradición; pero eso no implica que la promesa ó el contrato de préstamo no produzca obligación alguna; pues sería contrario á los principios del derecho.

Habrà mutuo ó empréstito de consumo, cuando una parte entregue á la otra una cantidad de cosas que ésta última está autori-

(Art. 2242.) No hay en realidad préstamo sin que se haya entregado la cosa prestada; pero eso no importa decir, que de la promesa no nazca obligación. Si se ha hecho una excepción, cuando el préstamo es gratuito, negando toda acción, es porque se trata de una especie de donación de uso que no habiéndose efectuado no debe dar derecho; eso también sucede con el comodato, art. 2256. Así es que para que el contrato de mutuo exista como tal se necesita la tradición de la cosa. ¿Es un contrato unilateral ó imperfectamente sinalagmático? Pothier sostiene la primera opinión y lo sigue Pont, nºs 144 y 170, mientras Domat adopta la segunda, siguiéndolo Duvergier y Aubry y Rau. Es una cuestión teórica que ofrece poco interés.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2242. — El préstamo ó mútuo no puede ser justificado por testigos, sino existe principio de prueba escrita, aun cuando por ella se justifique la confesión extrajudicial del deudor. — Jur. Ci v., IX, 37, Sér. 5ª.

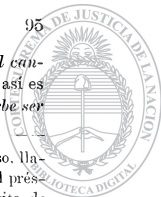
zada á consumir, devolviéndole en el tiempo convenido, igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad (art. 2240), así es que la cosa que se entrega por el mutuante al mutuario debe ser

(Art 2240.) Nuestro Código ha separado el préstamo de uso, llamándolo comodato, y sujetándolo á una legislación diferente del préstamo de consumo. El préstamo, como contrato consensual, necesita de consentimiento de los contratantes, de la capacidad para celebrarlo, por consiguiente no habrá contrato de préstamo, cuando el dueño de las cosas las ha entregado bajo otro título, y el que las ha recibido ha creído que se las prestaba. Aunque el mutuo es un contrato real que sólo se perfecciona por la entrega de la cosa (art. 2242), no se necesita que sea material porque se admite la tradición ficticia; pero sino produce efecto como préstamo, antes de la tradición, lo producirá como un contrato innominado ó como una obligación de dar, cuando el préstamo es oneroso. Cuando un banquero me ha dado una carta de crédito sobre una casa de París, y ésta ha aceptado darme la cantidad, no hay sino *promesa* de préstamo ó concesión de un crédito; pero está obligado á entregármela, cuando la haya recibido, recién se formará el contrato de préstamo. Deben ser cosas que se consuman por el primer uso, ó si no lo fueren, que pudieran devolverse otras de la misma especie ó calidad, y por consiguiente que se adquiriera la propiedad de ellas, pues sin ésta no habrá préstamo de consumo, sino de uso. Las demás condiciones de la definición se estudiarán en los artículos siguientes.—PONT, al art. 1902. El préstamo oneroso es una forma de locación.

Debe devolverse igual cantidad de cosas, lo que supone que no hay interés, que es puramente gratuito, según la definición, y sin embargo no es así.

La compra de los reconocimientos del Monte de Piedad se ha considerado por los tribunales franceses como un préstamo según las sentencias de 7 de Diciembre de 1891 y 11 de Enero 1892. ¿Cómo debe resolverse entre nosotros? Creo que debe considerarse como una venta ó cesión de las acciones que tenía el dueño de los objetos empeñados; porque al desprenderse del boleto que justifica su derecho y al autorizar al comprador para tomarlos, los ha enajenado verdaderamente.

El préstamo á interés se diferencia de la locación con la que tiene mucha analogía: 1º, en que por el préstamo se transfiere la propiedad de la cosa y por la locación no; 2º, en la locación los riesgos corresponden al *tradens*, mientras en el préstamo corresponden al *accipiens*; 3º, en la locación el locador debe hacer gozar de la cosa al locatario, mientras el



consumible, ó fungible aunque no sea consumible (art. 2241), de modo que se pueda devolver otra cosa de la misma especie.

prestamista no tiene obligación alguna.— Véase BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, n.^o 688 y sig.

(**Art. 2241.**) Las cosas consumibles son las que desaparecen con el primer uso, *quo primo usu, ipso usu consumuntur*; y su carácter se deriva de la naturaleza misma de la cosa, independientemente de cualquier influencia extraña; porque no se concibe su uso sin la destrucción de la cosa, como sucede con los combustibles ó con la moneda. El que ha prestado una cantidad de dinero ó de vino, se entiende que ha entregado la propiedad de esas cosas, y sus derechos se reducen á pedir otra cantidad igual de dinero ó de vino de la misma calidad. Las cosas fungibles no son consumibles, según la intención de las partes, cuando se prestan para que se devuelvan las mismas. La fungibilidad viene sólo de la intención de las partes, y las consumibles de la naturaleza de la cosa. Cuando entrego tantos litros de vino priorato es un préstamo de consumo, aunque nada hayamos convenido sobre su devolución; pero si presto un caballo y lo hago gratuitamente, el préstamo será comodato; si me paga precio será locación; en este caso devolveré el mismo caballo á no ser que expresamente haya estipulado que me entreguen otro de la misma clase.

En el préstamo de cosas consumibles, se puede decir que la voluntad de las partes va escrita en la naturaleza de las cosas; mientras en las no consumibles, es necesario estipular que se devolverá otras de la misma especie. Las cosas pueden considerarse de dos modos: con relación á sus partes, de la especie misma, ó con relación á la calidad; el primer caso es indiferente al derecho, porque según su naturaleza no se distinguen las unas de las otras, como los granos de trigo entre sí; mientras el segundo puede ofrecer grandes diferencias con relación á la bondad y al valor pecuniario. Las cosas muebles pueden considerarse como fungibles según la intención de las partes, porque los inmuebles son cuerpos ciertos y como dice Pont, sería difícil concebir, cómo

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2240.—Instit., § 1, Tit. 15, Lib. 3.—L. 2, Tit. 1, Lib. 12, Dig.—L. 1, Tit. 1, Part. 5^a, y L. 1, Tit. 16, Lib. 3, F. R.—Cód. Francés, art. 182.—Italiano, 1819.—Napolitano, 1764.—Holandés, 1791.—Austriaco, 123.—De Luisiana, 2881.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—*Aplicación del art. 2240.*—Siempre que en el convenio se estipule el pago de intereses, el contrato deberá considerársele mutuo ó préstamo y no depósito.—Jur. Civ., XIII, 130, Sér. 6^a.

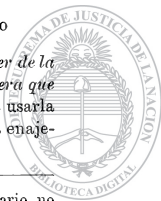


La cosa es consumible cuando no se puede emplear en su uso natural sin destruirla; mientras la fungibilidad depende del uso que uno quiera darle á la cosa.

un inmueble podría considerarse fungible, desde que no hay posibilidad de devolver otro en las mismas condiciones, porque su valor no depende de las calidades de las cosas, sino de su situación, forma, materiales, lugar, etc., imposibles de encontrar.—Comp. ZACHARIE, § 726. TROPLONG, al art. 1892, n° 174 y sig. DUVERGIER, *Préstamo*, n° 143. MARCADÉ, al art. 536, n° 391, y MACKELDEY, § 152.—Véanse arts. 1288, n° 2, 2189, n° 1, 2291 y 2324.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2241.—Zacharie, § 726.—Troplong, núms. 174 y siguientes.—Duvergier, núm. 143.—Marcadé, sobre el art. 536, en el núm. 391, dice: «Las cosas en sí mismas no son ni fungibles, ni no fungibles. Lo son sólo en el caso particular en que deban ser entregadas á alguno para ser devueltas después; y la misma cosa puede ser fungible ó no fungible, según la voluntad de las personas. Lo que ha hecho decir impropriamente que las cosas son fungibles ó no fungibles es la confusión que se ha hecho entre dos cualidades muy diferentes, la una de la otra, la de ser fungible y la de ser consumible por el uso, Pothier y muchos autores modernos, definen las cosas fungibles, diciendo que son aquellas que se consumen por el primer uso que se hace, y los autores del Código han aceptado esa misma idea; mas este es un grave error. Hay una gran diferencia entre las cosas fungibles y las cosas consumibles.—1°: Se llaman cosas de consumo, las que no se pueden emplear en su uso natural, sin destruirlas, sea materialmente como el pan, el vino, etc., sea civilmente, haciéndolas salir de nuestro patrimonio, como la moneda. Las cosas no consumibles son las susceptibles de un uso repetido sin destruirse, como un caballo, un libro, etc. Se ve, pues, que la calidad de consumirse ó no consumirse, depende de la naturaleza de las cosas, y no de la fantasía de las personas.—2°: Entre tanto, las cosas son fungibles ó no fungibles, según que en la entrega que yo hago á una persona que debe volvérmelas, estas cosas podrán ser devueltas por otras de la misma especie, en cantidad y calidad, ó deberán volverse las mismas cosas. Si yo os presto un Código que el que he puesto algunas notas, y os encargo que me lo devolváis, el libro no es fungible. Pero si al contrario un librero pide á un impresor un Código que de pronto necesita para devolverle después otro ejemplar igual, el libro es fungible. Se ve, pues, que la fungibilidad, en lugar de depender de la naturaleza de las cosas como la calidad de consumirse por el primer uso, depende únicamente de la intención de las partes.—3°: Que en lugar de ser absoluta y continua, es accidental, y que sólo tiene lugar cuando la cosa es entregada para ser devuelta.—4°: Que una cosa que no es de consumo puede ser muy bien fungible, como lo demuestra el ejemplo del librero.»

Sobre la diferencia de las cosas fungibles, con las consumibles por el primer uso, trata extensamente Pont sobre el comentario al art. 1874, desde el núm. 7.—Mackeldey, § 152.—Savigny, *Derecho de las Obligaciones*, § 38, nota C.



En el mutuo, *la cosa dada por el mutuante pasa á ser de la propiedad del mutuario; para él perece de cualquiera manera que se pierda* (**art. 2245**); porque si es consumible no puede usarla sin destruirla, y si sólo es fungible está autorizado para enajenarla, devolviendo otra de la misma especie y calidad.

(**Art. 2245.**) Para que la propiedad se transfiera al mutuario, no basta la tradición material de la cosa, es necesario hacerla con el fin de transferir el dominio. Antes de la tradición la cosa perece para el prestamista, de tal modo, que entregada á su mandatario, aunque sea con la condición de no remitirla sino después de tales ó cuales informes, él debe soportar los riesgos como si su mandatario hubiere quebrado ó llegare á estar insolvente, así lo ha decidido la Corte de Casación (Daloz 42, l. 138). Si el mutuante transfiere la propiedad de la cosa, debe ser propietario de ella, ó si no lo es, debe hacerlo con el consentimiento del dueño, y además ser capaz de enajenarla. Si la cosa es ajena, el mutuario que la ha recibido en préstamo no adquiere el derecho de servirse de ella; pero si la usó de buena fe, es necesario distinguir: si era consumible y la gastó, tendrá las mismas obligaciones que el mutuario; si era mueble, y por la intención de las partes se convirtió en fungible, el propietario podrá reivindicarla si le fue hurtada ó se le perdió, conciliando así esta disposición con el art. 2412; entendiéndose que la calidad de hurtada no se aplica á la violación del depósito, ni á ningún otro acto de engaño ó estafa, para hacer salir la cosa de poder del dueño. Cuando el mutuario no era capaz de enajenar, y el mutuario hubiera consumido las cosas de buena fe, sólo tendrá las obligaciones de este, pues como dice Pothier, cuando en el hecho, aunque sin derecho, las ha consumido, es indiferente que la propiedad le haya sido transferida ó no, pues las ha usado como si fuera dueño.—Cons. POTHIER, l. c., n^{os} 4 y 5. PONT, al art. 1893, n^{os} 150 y sig., y DUVERGIER l. c., n^{os} 188 á 190.—Véanse arts. 577, 603, 604, 613 y 2191.

Baudry-Lacantinerie y Wahl, n^o 701, dicen: el formulismo que disminuía en el derecho romano había hecho concluir del carácter real del préstamo la nulidad de la promesa de este ó del préstamo no seguido de realización. Hoy como todas las convenciones son obligatorias, esta convención es válida, y el estipulante puede exigir la realización del préstamo. Esta observación conduce á decir, que la atribución al préstamo del carácter de contrato real, no se explica sino por un recuerdo del formulismo romano; ella es jurídicamente injustificable y en hecho, no produce casi consecuencia alguna.



El mutuo puede ser gratuito ó oneroso (art. 2243) y según los casos dará ó no acción para reclamar las obligaciones que nacen del contrato; así, la promesa aceptada de hacer un empréstito gratuito no da acción alguna contra el promitente (art. 2244, 1ª parte); porque en realidad es una donación de uso, y no se le debe responsabilizar por la no entrega, á semejanza de lo que sucede en los casos del art. 2145; pero la promesa aceptada de hacer un empréstito oneroso, que no fuese cumplida por el promitente, dará derecho á la otra parte por el término de tres meses, desde que debió cumplirse, para demandarlo por indemnización de pérdidas é interes (art. 2244, 2ª parte); porque es de la naturaleza

Entre nosotros se debe tener presente que la tradición es necesaria para que se transfiera la propiedad, y no como en el sistema francés; por esa razón se debe tomar con suma cautela lo que digan los autores franceses sobre este punto.

La tradición puede resultar del solo consentimiento de las partes, cuando el que toma en préstamo se encuentra ya en posesión de las cosas; como si he depositado en poder de A, diez mil pesos, y se los presto por un año. Puede efectuarse igualmente, por la entrega de una cosa autorizando al que toma en préstamo para venderla y tomar el dinero prestado. Hay tradición cuando el que toma en préstamo autoriza á un tercero para tomarla en su nombre, sea como mandatario ó depositario.

(Art. 2243.) El mutuo es gratuito por su *naturaleza*, dicen los autores, mientras el préstamo de uso (comodato) es *esencialmente* gratuito, es una donación de uso; en una palabra, deja de existir como tal si hubiera un precio. El mutuo puede ser oneroso sin que deje ser mutuo, y el pago de un precio por el préstamo no lo cambia en otro contrato; así puede estipularse que por mil pesos prestados, se devuelvan mil doscientos, pero si debiera devolver ochocientos, habría mutuo por los ochocientos y donación por los doscientos, como lo enseña Pothier, *Préstamo de uso*, nº 14.

(Art. 2244.) Ante los principios no se justifica esta diferencia que

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2245.—LL. 10. Tit. 1, Part. 5ª, y 1. Tit. 16, Lib. 3, F. R.—Cód. Francés, art. 1893.—Italiano, 1820.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2243—El mutuo se supone gratuito, si no hubiese convención expresa sobre intereses—Jur. Civ., II, 321, Sér. 1ª.



El prestamista está obligado á entregar la cosa prestada, so-pena de pagar los daños y perjuicios que causare, si el contrato

echa por tierra este gran principio de equidad; todo el que por su culpa, ó negligencia, causa un daño ú otro, está obligado á repararlo. Se autoriza, no sólo á engañar, sino á perjudicar impunemente, siempre que se ofrezcan las cosas gratuitamente. Me han ofrecido, por ejemplo, prestarme gratuitamente 50,000 pesos por seis meses, se me ha firmado un instrumento público; contando con ese dinero realizo una compra; no pudiendo pagar soy ejecutado y pierdo 10,000 pesos en lugar de ganarlos, como me prometía, y no tengo derecho alguno contra el que me engañó. ¿Y el art. 1109 que condena semejantes hechos? Se dice, para justificar tal injusticia, que no se debe forzar una generosidad, hija tal vez de la ligereza, y que puede ser ruinosa, fundándose en la máxima, *nemine officium suum debet esse damnosum*, que sólo podía aplicarse á la donación, propiamente dicha, no al préstamo. Semejante principio es erróneo, á mi juicio, y debe corregirse en el porvenir, haciendo por lo menos una justa excepción: cuando de buena fe se hizo la promesa, y por inconvenientes justificados no pudiera cumplirla, deberá libertársele de los daños y perjuicios; no así en caso contrario. Freitas, art. 2226, de donde fué tomado nuestro artículo, hace una excepción, cuando se trata de la *apertura de un crédito*, hecho por un comerciante, en que da derechos recíprocos por la indemnización de pérdidas é intereses. El pago de un interés ú otra obligación, por parte del mutuario, no debería alterar la naturaleza de la obligación, como en realidad no la altera, y si da derecho á cobrar los daños y perjuicios, por la falta de cumplimiento, debería tenerlo en cualquier otro caso.

Si hubo plazo para hacer el préstamo, los tres meses, para reclamar, deben contarse desde el vencimiento; si no lo hubo, se contará desde que la promesa se hizo. — Comp. PONT, *Préstamo*, n^{os} 13 y 137. MASSÉ y VERGER, sobre ZACHARLÆ, § 723, nota 1, y GOYENA, art. 1630.

El Dr. Segovia opina que, cuando el mutuario empeoró de fortuna, tendrá que dar fianza para recibir el dinero, en lo que estoy de acuerdo;

fuera á título oneroso, y además *el mutuante es responsable de los perjuicios que sufra el mutuario por la mala calidad ó vicios ocultos de la cosa prestada (art. 2247)*, sea el mutuo gratuito ú oneroso, porque cada uno es responsable de los actos que causen daño á otro.

haciendo esta distinción: no bastará empeorar de fortuna, si conserva bastante responsabilidad ó si su crédito no ha sufrido visiblemente; siempre habrá necesidad de una investigación, de donde debe resultar, que el mutuante corre algún peligro al hacer el préstamo. De otro modo sería crear dificultades á la realización del contrato, deduciendo acciones no concedidas expresamente. Pueden consultarse los arts. 753, 1419 y 2026, n° 3, en que se autoriza á pedir fianza, cuando está en estado de insolvencia ó disipare sus bienes. — Comp. arts. 504, 505, 1140 y 2256.

(**Art. 2247.**) En esta parte se aplican las disposiciones sobre los vicios rehibitorios: si el mutuo es gratuito, el mutuante no está obligado, si tuvo buena fe al entregar la cosa, pero responderá en caso de mala fe; si es oneroso estará obligado aunque no los hubiera conocido. Recuérdese que los vicios deben de ser ocultos, porque si no lo fueren, el mutuario no podrá hacer reclamo alguno, y cuando éste, por su profesión ú oficio, debía de conocerlos, se encuentra en el mismo caso. El Cód. Chileno, art. 2203, agrega: «que si los vicios ocultos eran tales que conocidos no se hubiera probablemente celebrado el contrato, podrá el mutuario pedir que se rescinda», conclusión que debemos admitir en los casos en que hubiera lugar á la acción rehibitoria; por más que en nuestro sistema el pacto comisorio no esté sobre entendido en los contratos. Cuando las cosas prestadas, como de tal calidad, resultaren que son de otra inferior, el mutuario sólo deberá una cantidad igual de la misma clase inferior. El presente artículo resuelve la cuestión de si el mutuo es un contrato unilateral ó imperfectamente sinalagmático, decidiéndose por la segunda opinión, que es la más probable. — Comp. POTHIER, n° 51, y DURANTON, XVII, n° 580. — Véanse arts. 2173 y 2176.

Guillouard, n° 101, y Baudry-Lacantinerie y Wahl, n° 746, sostienen que aun en el préstamo á interés el prestamista de buena fe no es responsable de los vicios de la cosa, porque la ley no distingue y da al contrario una solución general; pero se puede responder con razón, que la ley no ha tenido que distinguir desde que el préstamo á interés es un contrato oneroso y en estos se responde de los vicios redhibitorios aun





No habiendo convención expresa sobre intereses, el mutuo se supone gratuito, y el mutuante sólo podrá exigir los intereses moratorios, ó las pérdidas é intereses de la mora (art. 2248); si el

en los casos de buena fe; que esta solución es de derecho común en materia de contratos onerosos y que sería necesario una disposición expresa para derogarla.

(**Art 2248.**) La presunción admite prueba en contra, y ésta debe darse por escrito, desde que el contrato se prueba de esa manera; sin embargo, se tendrá presente lo que sucede con los establecimientos bancarios, sujetos á las leyes comerciales y á lo dispuesto en sus estatutos. El préstamo es gratuito por naturaleza, dicen los autores, siguiendo sin razón al derecho romano, que no debiera tener aplicación en nuestros tiempos, pues es una verdad conquistada, que el capital es la acumulación del trabajo que debe reproducirse. En el estado actual de sociedad, todo préstamo lleva la intención de lucrar, sucede como en el mandato que no se supone gratuito cuando consiste en los trabajos propios de la profesión del mandatario y debía por lo menos exceptuarse este caso.— Véase mi nota al art. 1871.

Por nuestro derecho la estipulación de los intereses debe ser por escrito y si hubiere alguna duda, se interpretará en el sentido del préstamo gratuito. Como una consecuencia de estos principios, que contradicen la regla general, se ha decidido uniformemente, por las Cortes francesas, que no se reputa haberse estipulado intereses, ni la voluntad de pagarlos, cuando se haya consignado la cláusula, *sin intereses durante el término*; vencido éste, no se deberá intereses, á menos de interpelación; por la misma razón se deberán, pasado el término, cuando se estipuló que se pagarían durante el préstamo. No se consideran intereses estipulados los acumulados al capital para formar un sólo todo, como si habiendo prestado mil pesos se obliga á devolver mil doscientos, no se deberán sino éstos y los intereses legales sólo correrán desde la interpelación. Cuando se ha pactado intereses, éstos continúan corriendo después del vencimiento del plazo, y no se pueden acumular por la demanda, para cobrar desde la interpelación judicial los intereses del capital y los de los intereses; porque los intereses vencidos no reditúan intereses, sino desde la liquidación judicial mandada pagar, ó cuando posteriormente se hubiera convenido entre el mutuante y mutuario en acumular los vencidos, art. 623 y su nota. No creo como Pont, n° 249, que en el caso de renovación de un préstamo con inte-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2247.—Cód. de Chile, art. 2203.—Zachariæ, 727.—Duranton, tom. 17, n° 580.—Troplong, n° 251.



préstamo fuera de cosas fungibles, se estimarán los perjuicios por lo que el mutuante hubiera sufrido á causa de la no entrega de la cosa; si fuera de cantidades de dinero, el perjuicio se regulará por las reglas ordinarias.

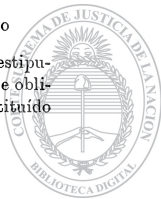
Si el mutuario hubiese pagado intereses que no estaban estipulados, no está obligado á continuar pagándolos en adelante (art. 2249); porque siendo el mutuo gratuito, sólo puede dar

rés, en que no contase que debería pagarlos nuevamente, deba entenderse que las partes han querido continuar sobre el mismo pie del antiguo contrato; porque la presunción de la ley está en favor del préstamo gratuito, y se entiende que las partes han alterado el anterior contrato en ese sentido. No hacemos sino aplicar la ley y sujetarnos á lo establecido en ella.

Los intereses moratorios serán los estipulados, y cuando no se hubieran fijado, diciendo que se pagarían intereses, se deberán los que cobran los Bancos de Estado (art. 622). Los daños y perjuicios de la mora, cuando se trata de cosas consumibles ó de muebles prestados como fungibles, se regularán por los que hubiere causado el prestamista. Cuando se prestaron cien vacas criollas para devolver otras de la misma clase á los tres meses, si las ha vendido el prestamista y por no poderlas entregar, á causa de que el mutuario no se las devolvió, tiene que pagar 500 S de daños y perjuicios, ó si dejó de ganar los 500 S, deberá esa cantidad. —Comp. PONT, al art. 1905. FREITAS, art. 2219. GÓYENA, art. 1649. y TROPONG, n° 192.—Véanse arts. 508, 509, 621, 622, 2243 y 2249.

(Art. 2249.) Nuestro artículo deja sin resolver la cuestión sobre los intereses pagados y el derecho de repetirlos en caso de error. El Cóligo Francés, art. 1906, niega este derecho, y Freitas, art. 2220, agrega con más claridad: «que no podrá repetirlos, *salvo si probare que los pagó por error*». Aubry y Rau, § 396, nota 6, dicen: «que el artículo reposa sobre una presunción legal, de que el mutuario al pagar los intereses, que no se habían estipulado, lo ha hecho con conocimiento de causa y no á consecuencia de un error». Pont, n° 254, admite que la repetición no puede hacerse porque debe suponerse una donación manual, lo que no es probable, pues las donaciones no se suponen. Para mí, la razón principal es que al pagar los intereses lo ha hecho en virtud de una causa legítima

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2248.—Se supone gratuito el préstamo civil si no hubiese convención expresa sobre intereses.—Jur. Civ., II, 321, Scr. 1°.



derecho á los intereses cuando expresamente se hubieren estipulado, y el pago en este caso ha sido voluntario, y no puede obligársele á que continúe haciéndolo desde que no se ha constituido un derecho.

§ 621. — OBLIGACIONES DEL MUTUARIO

El mutuario debe devolver al mutuante, en el término convenido, una cantidad de cosas iguales de la misma especie y calidad que las recibidas (art. 2250), respondiendo por los intereses desde la interpelación, porque no cae en mora por el sólo vencimiento del plazo, á menos de estipulación expresa.

de deber, si ésta no ha existido, debe demostrar el error; el que ha recibido el dinero nada tiene que probar, como el que recibió cualquier otra cosa consumible, le basta la posesión; así, el que pretende que ha pagado por error, debe demostrarlo.— Véanse arts. 784 y sig. Si los intereses se hubieran pactado verbalmente, y en virtud de eso los pagase, el pago hecho no crea la obligación de continuar abonándolos. Cuando demostrase que pagó por error, puede pedir su devolución, ó que se imputen al capital debido.—Comp. arts. 784, 792, 929 y 2248.

(**Art. 2250.**) Lo que el mutuario debe devolver es, como lo dice el art. 2240, una cantidad *igual de cosas* de la misma especie y calidad, y no una cantidad de *cosas iguales*, como se expresa en el presente. Este artículo se habría podido suprimir, pues está comprendido en el art. 2240. La palabra *especie* no debe tomarse en el sentido de los naturalistas, como individuos descendientes de una pareja primitiva y única, sino apreciando los individuos, según el servicio que prestan; así, por ejemplo, un caballo de silla, uno de carrera, otro de tiro, forman para el jurisconsulto especies diversas, cuando en realidad son razas; pero para el naturalista es una sola especie. Cuando me han prestado diez caballos de tiro, para que devuelva otros de la misma especie, no cumpliré entregando diez de silla. La cantidad debe ser la misma para que el prestamista reciba el equivalente de lo prestado; pero también debe ser igual la calidad que podría disminuir el valor de la cosa. El valor á devolverse, y que determina la calidad, se toma con relación á las cosas mismas y no á otras semejantes, lo que constituye una gran diferencia. Así, cuando me han prestado mil kilogramos de maíz,



Cuando no sea posible restituir otro tanto de la misma especie y calidad de lo recibido, el mutuario deberá pagar el precio de la cosa ó cantidad recibida, regulada por el que tenía la cosa prestada en el lugar y tiempo en que deba hacerse la restitución (art. 2251); pero será siempre desde la interpelación judicial ó extrajudicial.

de primera calidad, para devolverlos dentro de un año, debo entregar la misma cantidad de la misma calidad, valgan menos ó más. Si valían 200 \$ cuando me los prestaron, y ahora valen 100 \$, cumplo con devolver lo recibido; lo mismo sería si valieran 300 \$. En cuanto á la cantidad se determinará según que las cosas tengan una utilidad proporcional por el peso, la medida ó su número; pesándolas, midiéndolas ó contándolas. —Comp. Cód. FRANCÉS, art. 1902. GOYENA, art. 1644. Cód. DE CHILE, art. 2198.—Véanse arts. 607, 608, 613, 2220, 2240 y 2251.

(Art. 2251.) La imposibilidad puede ser absoluta y provenir de la ley que saque del comercio las cosas que se deben entregar, ó relativa, cuando viene de la rareza y dificultad de encontrarlas en el lugar. Creo, como la generalidad de los autores, que el artículo debe aplicarse á cualquiera de ellas, porque no hace distinción. En cuanto al tiempo y lugar de la entrega, debe ser el designado en el contrato; si no lo estuviere, se hará donde se hizo el préstamo; y si no hubiere tiempo fijado para la devolución, el juez lo determinará con arreglo al art. 618, cuando se trate de sumas de dinero, no del pago en general, á que se refiere el art. 747.—Véase la nota á dicho artículo.

Algunos han creído que el presente artículo es una excepción de los arts. 608 y 613; pero bastará fijarse que el art. 608 se refiere al deudor moroso, á quien se le condena á la devolución de igual cantidad de cosas de la misma especie, con más los daños y perjuicios, mientras el presente habla sólo de la restitución en el tiempo y lugar en que debe hacerse; pero si el mutuario se constituye en mora, deberá ser sometido á la regla del art. 608. En el mutuo se debe la especie que nunca perece; y basta la imposibilidad para que la obligación se convierta en dar una suma de

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2250. — L. 8, Tit. 1, Part. 5ª. — L. 1, Tit. 16, Lib. 3, F. R.—L. 3, Tit. 1, Lib. 12, Dig.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2250. — Establecida la existencia del contrato de mutuo, el mutuario está obligado á devolver al mutuante, en el término convenido, una cantidad de cosas iguales de la misma especie y calidad.—Jur. Civ., II, 810, Sér. 5ª.

Si la restitución que debe hacer el mutuario consistiese en el pago de una suma de dinero, sus obligaciones se regirán por las

dinero. Se pagarán los daños y perjuicios si el deudor fuera moroso. Lo único que el presente artículo autoriza es á convertir la obligación de entregar las cosas prestadas, cuando hay imposibilidad, en otra de pagar el valor de ellas, sin perjuicio alguno.

Cuando las cosas se hubieren individualizado y se perdiesen por culpa del deudor (art. 613), como sería en caso de mora, las debería igualmente con los perjuicios de la mora. El presente artículo comprende la imposibilidad inculpable de entregar las cosas, casos muy diferentes.

Tratándose de la restitución del valor de las cosas, que no pueden entregarse por imposibilidad, se estimarán por lo que valían en el lugar y tiempo donde deba hacerse la entrega, sin consideración al valor que tengan. Nuestro Código, siguiendo al Francés, se ha separado en parte de la ley 22, tít. 1, lib. 12, Dig., que ordenaba hacer la estimación al tiempo de la demanda en el lugar convenido para la entrega, y cuando no se hubiere designado, donde se hizo la demanda. Por nuestro derecho el valor de la cosa es el que tenía en el lugar y tiempo de la entrega; pero si se constituye en mora deberá los perjuicios causados.—Comp. DURANTON, XI, n° 590. TROPLONG, n° 284, y PONT, n° 198.

El Cód. Chileno, art. 2198, agrega: «cuando no fuera posible (la entrega), ó no lo exigiere el acreedor, podrá el mutuario pagar lo que valgan en el lugar y tiempo de la entrega», y así debemos aplicarlo. — Véanse arts. 608, 613, 618, 745 á 748, 2250, 2252 á 2255.

Baudry-Lacantinerie y Wahl, n° 793, citan el ejemplo de un librero que ha recibido en préstamo de otro librero 600 Códigos para devolver dentro de seis meses otros tantos de la misma edición; pero esta se agota. ¿Qué deberá entonces restituir? La ley dice: *el valor de la cosa con relación al tiempo y lugar en que la restitución debía ser hecha según la convención*. lo que aplicado á nuestra hipótesis significa sin duda, que el que toma en préstamo deberá restituir la suma que verosíblemente habría sido necesario pagar en la época de la restitución para procurarse los ejemplares que debía devolver, si la edición no se hubiera agotado. En el caso en que por la convención no se fija el tiempo y lugar de la restitución, nuestro artículo dice: que el valor á restituirse deberá ser calculado refiriéndose al tiempo y lugar en que el préstamo se hizo; nuestro Código dice: se hará en el lugar donde debe hacerse la restitución.

Se ha venido á resolver la cuestión suscitada en la antigua jurisprudencia





disposiciones del Cap. IV, del Título de las obligaciones de dar (art. 2252) que comprende desde el art. 616 á 624, pagándose como únicos daños y perjuicios, el interés que cobrase el Banco de la Nación Argentina á sus clientes.

Si la restitución consistiere en la entrega de cantidades que no sean de dinero, sus obligaciones se regirán por las disposiciones del Cap. III, de dicho Título (art. 2253), que comprende los arts. 606 á 615.

Si la restitución consistiere en la entrega de cosas no consumibles prestadas como fungibles, las obligaciones del mutuario serán regidas por las disposiciones del Cap. II, del mismo Título (art. 2254), que comprende los arts. 601 á 605.

dencia que admitía el pago del valor de la cosa en el lugar y tiempo convenido, aun en el caso en que la cosa hubiera aumentado de valor al ser constituido en mora el deudor, autorizándolo así á especular sobre el aumento probable de la cosa, doctrina rechazada con razón. — Comp. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, n° 793.

(**Art. 2252.**) Este artículo confirma nuestra tesis, de que respecto del pago no rige el art. 747, sino el art. 618, porque se trata de sumas de dinero, como sucede en el mutuo, cuando no es posible restituir otro tanto de la misma especie.—FREITAS, art. 2218.—Véanse arts. 616 y sig.

(**Art. 2253.**) Se deben aplicar las disposiciones de los arts. 606 á 615, aunque algunos sostengan lo contrario, porque legislan la constitución ó traspaso de derechos reales, indicando que se aplicará la disposición del art. 745.—FREITAS, art. 2218.

(**Art. 2254.**) El mutuario moroso, cuando se le prestaron cosas que sólo son fungibles por la intención de las partes, puede ser compelido á que las entregue de la misma especie y calidad, con más los daños y perjuicios, ó á pagar el valor de ellas con los daños y perjuicios, pues no tiene derecho, á exigir las mismas, desde que las prestó para que le devolviesen otras de la misma especie y calidad, art. 605, lo que es conforme con la naturaleza del contrato.

Téngase presente, que las cosas sólo son fungibles por la intención que tuvieron las partes (art. 2241).—FREITAS, art. 2218.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2251. — L. 8. Tit. 1, Part. 5ª. — L. 22, Tit. 1, Lib. 12, Dig. — Cód. Francés, art. 1903. — Napolitano, 1775. — Holandés, 1801. — De Luisiana, 2892. — Zacharie, § 727 y nota 4. — Duranton, tom. 17, n° 588.



§ 622. — DE LA FORMA DEL CONTRATO DE MUTUO

El mutuo está en la categoría de esos contratos que no necesitan de forma especial, y que quedan concluidos como tales sólo por la entrega de la cosa; así es que *el mutuo puede ser contratado verbalmente; pero no podrá probarse sino por instrumento público, ó por instrumento privado de fecha cierta, si el empréstito pasa del valor de doscientos pesos (art. 2246)*. El instrumento privado no

(Art. 2246.) Este es uno de los casos en que la forma escrita es esencial para la existencia del contrato; pero no se excluye la confesión, que se admitirá una vez hecha voluntariamente. El artículo dice: «el mutuo debe probarse por instrumento privado de fecha cierta», expresión sólo aplicable á los terceros que no han intervenido en el acto, pues, para los contratantes, la fecha del instrumento es cierta y no pueden reclamarla, ni tendrían objeto en hacerlo, desde que no ataca la realidad del contrato, ni altera sus obligaciones respectivas.

Algunos suponen el caso en que el mutuario alegase que tiene las cosas por donación, venta ó cualquier otro título; y dicen que el demandante, podrá demostrar por *toda clase de prueba*, que la donación ó venta no ha existido y que la posesión del demandado es á título de mutuario. El poseedor no tiene que alegar el título de su posesión, porque se trata de muebles en que la posesión vale por título, y el mutuante no puede demostrar por toda clase de prueba que ha entregado la cosa á título de préstamo, porque sería ir en contra del texto expreso del artículo. Aplicar el art. 1817, para desvirtuar lo que se manda en el presente, no es interpretar la ley; sobre todo me refiero á lo dicho en ese artículo, donde queda explicado el alcance que debe dársele, pues de entenderlo de otro modo, sería destruir por su base todo lo dispuesto respecto á la prueba de los contratos. Sólo puede admitirse toda clase de prueba para demostrar, no el contrato mismo, sino el vicio del consentimiento, como el dolo, la violencia, el error, el fraude, etc., ó que la posesión tiene por causa un delito ó un hecho ilícito. Si en la fianza no se admitía la prueba testimonial, en los contratos de menos de 200 pesos, no hay razon para proscribirla en el mutuo en el mismo caso, porque no hay semejanza entre ambos contratos. Freitas, art. 2217, de donde fué tomado el nuestro, dice: «más no podrá ser probado, sino por instrumento público ó particular, ó por confesión ó juramento judicial del mutuario»,



necesita tener fecha cierta para el mutuante y mutuario, pues tendrá valor desde que fué otorgado; pero no podrá perjudicar á los que no han intervenido sino desde el momento que adquiere fecha cierta.

que se debe admitir por nuestro derecho, cuando voluntariamente se hiciera. — Véanse arts. 974, 1026, 1029, 1034, 1035, 1191 á 1193, 1198, 1817, 2200, 2201 y 2238.

Cuando el mútuo se constituye por instrumento privado. ¿Está sujeto al doble ejemplar? No lo creo; porque siendo un contrato unilateral, sólo el prestamista debe tener los medios de probar el préstamo, otra cosa sería si mediase una convención por la que el prestamista se obligase á devolver una cosa que se le hubiera dado en garantía del préstamo. «En vano se diría, dicen Baudry-Lacantinerie y Wahl, n° 713, que el préstamo no es menos unilateral; la convención contiene dos contratos unilaterales; en cada uno de ellos el acreedor es la persona que en el otro figura como deudor, hay pues obligaciones recíprocas, y el objeto á que obedece el art. 1325 se aplica á este caso. Pero no es una razón para decir, que en este caso el préstamo es un contrato sinalagmático».

En nuestro derecho no hay el *bon ó approuvé* que exige el Cód. Francés, art. 1326, en los contratos unilaterales que no son escritos por la mano del deudor, así es que no tiene importancia para nosotros, pero nuestro Código considera este contrato como imperfectamente sinalagmático.—Comp. GUILLOUARD, *Prenda*, n° 24.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2246.—El contrato de mutuo ó de préstamo, debe justificarse por escrito: para que sea procedente la testimonial, el principio de prueba escrita debe referirse evidentemente al contrato.—Jur. Civ., XIII, 213, Sér. 4°.

El contrato de préstamo por instrumento privado, está comprendido en la Ley de papel sellado, aun cuando se estipule que deberá ser garantido con una escritura hipotecaria.—Jur. Civ., XIV, 102, Sér. 4°.

Si el actor afirma la existencia de un contrato de préstamo ó mutuo y no lo justifica, debe absolverse al demandado, aun cuando confiese la recepción de la suma, pero imputándola á causas distintas.—Jur. Civ., IV, 396, Sér. 5°.

Aun cuando el acreedor reconozca la existencia de préstamo, en el contrato de venta con pacto de retroventa, no está obligado á devolver los títulos al deudor.—Jur. Civ., IV, 361, Sér. 6°.

Aun cuando el préstamo puede ser verbal requiere un principio de prueba por escrito para su comprobación judicial, siempre que exceda de 200 nacionales. — Jur. Civ., II, 179, Sér. 2°.

TÍTULO XVII

DEL COMODATO

§ 623. — NOCIÓN DEL COMODATO.—CONDICIONES NECESARIAS PARA SU VALIDEZ

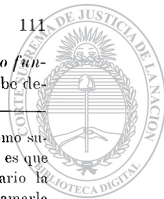


El comodato es una de las formas usuales del préstamo de cosas no consumibles; es un contrato que tiene lugar entre personas ligadas generalmente por los vínculos de la amistad; así, dice el **art. 2255**: *habrá comodato ó préstamo de uso, cuando una*

(**Art. 2255**) El préstamo de uso es una forma interesante de la donación, porque el provecho obtenido por el uso de la cosa se da sin remuneración alguna. Se distingue del depósito regular, porque el depositario no puede usar de la cosa, su obligación es guardarla; del mutuo en que se debe devolver la misma é idéntica cosa, mientras el mutuario debe sólo otras de la misma especie y calidad; de la locación porque en ésta se recibe precio por el uso; de la prenda porque ésta se da para garantizar una obligación; del contrato innominado, en que se entrega la cosa para ensayarla ó probarla, á fin de realizar un contrato proyectado. Siendo un contrato real no existe como comodato hasta que no se haya hecho la tradición de la cosa, con la particularidad de que antes de la entrega, no da acción alguna, por los daños y perjuicios, contra la regla general de que todo el que causa un daño á otro, por su culpa ó negligencia, debe resarcirlo.

El comodato es esencialmente gratuito, porque si se pagara precio se convertiría en locación: pero una remuneración ofrecida espontáneamente, *ex post facto*, no desnaturalizaría la convención, como se dijo en el depósito; sin embargo, si fuera materia de un contrato, transformaría el comodato.

Debe devolverse idéntica cosa, es decir, no fungible, porque si fuera otra de la misma especie sería mutuo, de manera que el comodante con-



de las partes entregue á la otra gratuitamente alguna cosa no fungible, mueble ó raíz con facultad de usarla, de modo que debe de-

tinúa siendo propietario, aunque puede prestarse la cosa ajena, como sucede cuando es usufructuario ó locatario; lo que se quiere indicar es que la cosa continúa siendo poseída por el comodante, y el comodatario la tiene en su nombre; de donde resulta que el comodante puede reclamarla por acción real de cualquiera que la posea; pero si está en poder de terceros, que la adquirieron de buena fe, no podrá intentar la acción reivindicatoria si se trata de cosas muebles, art. 2767.

El derecho de usarla se extiende al señalado en el contrato, ó en su defecto, al que está destinada la cosa; es un derecho personal del comodatario que se diferencia esencialmente del real, que tienen el usurario y el usufructuario. El comodatario no puede tomar los frutos que produzca la cosa, y deben ser entregados al comodante. Finalmente, deben agregarse á la definición las palabras de Pothier: «y el que la recibe se obligue á devolverla después de servirse de ella».—Comp. Cód. FRANCÉS, art. 1874. GOYENA, art. 1630. POTHIER, *Préstamo de uso*, n° 20. TROPLONG, al art. 1874, n° 17. FREITAS, art. 2557.—Véanse art. 1497, 2183, 2208, 2221, 2240, 2241, 2243, 2260 y 2324.

Baudry-Lacantinerie y Wahl, n° 602, hacen las diferencias siguientes, entre el préstamo de uso y el de consumo: 1º, el préstamo de consumo tiene por objeto, en principio, cosas consumibles, el de uso, cosas que no son consumibles; 2º, en el préstamo de consumo, el que toma en préstamo viene á ser propietario de la cosa; en el de uso, por el contrario, el propietario continúa siendo dueño de la cosa y son á su cargo los riesgos y peligros; 3º, el préstamo de consumo no es gratuito por su naturaleza, mientras el de uso es esencialmente gratuito y es lo que lo caracteriza; 4º, en el préstamo de uso, el propietario puede pedir la devolución antes del tiempo convenido, cuando le sobreviniera una necesidad imprevista, mientras en el préstamo de consumo no puede hacerlo.

Los inmuebles, ¿pueden ser objeto de comodato? Algunos autores, como Pothier y Guillouard, lo admiten en ciertos casos, como por ejemplo: cuando presto mis sótanos á mi vecino para que deposite sus mercaderías; también se puede prestar un departamento de una casa para habitarlo por algún tiempo.

El ladrón puede prestar válidamente el objeto robado; pero el comodatario tiene la obligación de avisarlo al dueño dándole un plazo para reclamarlo, y si no lo hace debe entregarlo.

Los escritos, cuya supresión ha sido ordenada por el Tribunal. no



volver la misma cosa en su individualidad, en el término expresamente convenido.

Son caracteres distintivos de este contrato :

1° Que el comodante no concede al comodatario sino el uso de la cosa que forma la materia del contrato.

2° Que *el comodante conserva la propiedad y posesión civil de la cosa. El comodatario sólo adquiere un derecho personal de uso, y no puede apropiarse los frutos ni aumentos sobrevenidos á la cosa prestada (art. 2265).*

3° Que las cosas que se consumen por el uso no pueden ser objeto del comodato.

4° Que el uso concedido debe ser gratuito.

pueden ser objeto de comodato, pues como dice Pothier, «la sentencia que prohíbe á toda persona de retener un escrito, obligando á entregarlo al escribano, prohíbe con más razón el prestarlo». ¿Es válido el préstamo de libros deshonestos? Los autores han aceptado la solución de Pothier, que consideraba como ilícito dicho préstamo, y nuestro Código la reproduce.

El nombre patronímico puede ser objeto de un préstamo de uso, como lo dijimos en la locación § 414, y lo sostienen Baudry-Lacantinerie y Wahl, n° 627.

(**Art. 2265.**) La expresión de que el comodante conserva *la propiedad* de la cosa, tomada del art. 1877, Cód. Francés, es inexacta, porque se pueden dar en comodato las cosas ajenas, y sólo es verdadero con relación á las cosas en que el comodante sea propietario. El comodatario es un mero tenedor y no adquiere la posesión de la cosa en el sentido jurídico de la palabra, art. 2462, n° 1. Por eso dice Freitas, art. 2569: «el comodante continúa en posesión de la cosa; conserva el derecho que

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2255.—L. 1, Tit. 2, Part. 5°.—Cód. Francés, arts. 1874 y siguientes. — Napolitano, 1745 y 1747. — De Luisiana, 2862 y 2863. — Inst., § 2, Tit. 15, Lib. 3. — El derecho del comodatario es un derecho puramente personal. Bajo esta relación se distingue de los derechos del usuario y del usufructuario, que son derechos en la cosa. A más, el derecho del usuario y del usufructuario, comprende en todo ó en parte los frutos producidos por la cosa, mientras que el comodatario no tiene sino el uso de la cosa en el sentido estricto de la palabra. Si por el contrato les es permitido tomar una parte de los frutos, habrá á más de comodato una donación de frutos.—Véase Pont. n° 60.—Pothier, n° 20.—Troplong, n° 17.



El comodato es un contrato real que se perfecciona con la entrega de la cosa. La promesa de hacer un empréstito de uso no da acción alguna contra el promitente (art. 2256); esto es refirién-

tenía antes de prestarla, y si es propietario puede ejercer la reivindicación, aunque no contra el tercer adquirente de buena fe, art. 2767. El comodatario no puede prescribir la cosa recibida, á menos de no cambiar el título de su posesión material.

En lo que se relaciona con el uso de la cosa, es un derecho *personal*, distinguiéndose así del derecho *real* de uso, que grava la cosa, lo que indica la diferencia de posiciones de ambos; pero un derecho *personal*, como lo son las obligaciones, y no se debe confundir con los inherentes á la persona, que no pueden transferirse; no obstante, el comodato puede también constituirse como inherente á la persona, cuando resultare haberse prestado la cosa en consideración á ésta, sea por su profesión ó por cualquier otro motivo expresado en el contrato, art. 2283; no será inherente, en caso contrario, que es el más ordinario y común. En el primer caso el contrato no podría cederse y se extinguirá con la muerte de comodatario, art. 2283, mientras en el segundo pasará á los herederos y será cesible.

El uso concedido al comodatario se diferencia del que tiene el usuario, en que éste toma los frutos precisos para sus necesidades, mientras aquel sólo usa de la cosa prestada y no puede tomarlos. El comodante puede reclamar los frutos que la cosa haya producido antes de la espiración del contrato, porque sólo ha prestado el uso de ésta y no el de los frutos. — Cód. FRANCÉS, art. 1877. Cód. DE CHILE, art. 2176. GOYENA, art. 1631. FREITAS, art. 2569. TROPLONG, n° 17, l. 8, tit. 6, lib. 13, Dig. — Véanse arts. 2271, 2352, 2461, 2462 y n° 2, y 2513.

(Art. 2256.) Sin la tradición no hay contrato; pero no se necesita de la entrega material, ni de nueva tradición, cuando el comodatario poseyera la cosa por cualquier otro título, entonces bastará cambiar la causa de la posesión, como si siendo locatario consiente en prestarle la cosa gratuitamente. En cuanto á que la promesa de hacer un empréstito de uso, no dé ningún derecho, manifestamos nuestra opinión en el art. 2244. No creo que en el estado actual de la ciencia del derecho se puedan sostener semejantes principios, que podemos llamar de derecho excepcional,

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2265.—L. 1, Tit. 8, Lib. 11, Nov. Rec.—L. 1, Tit. 16, Lib. 3, F. R.—L. 8, Tit. 6, Lib. 13, Dig.—Cód. Francés, art. 1877.—Napolitano, 1749.—Holandés, 1778.



dose á la acción que nace del contrato mismo, pues debería ser inalterable el principio de que todo el que causa un daño á otro debe resarcirlo.

§ 624. — CAPACIDAD PARA ESTE CONTRATO

El comodato sólo puede tener efecto entre personas capaces de consentir, y que tengan facultad para prestar.

Si el comodante es incapaz para contratar, ó está bajo una incapacidad accidental, puede demandar al comodatario capaz ó incapaz por la nulidad del contrato, y exigir la restitución de la cosa antes del tiempo convenido; más el comodatario capaz no puede oponerle la nulidad del contrato (art. 2257); ¿qué podría

porque se permite perjudicar impunemente, ofertando el uso de una cosa que no se quiere ni desea conceder. El que promete entregar una cosa debería ser obligado á hacerlo, ó en caso de no poder, á pagar los daños y perjuicios: sin embargo, debemos aplicar los principios que nacen del artículo. — Comp. PONT, n° 13, y DUVERGIER, *Préstamo*, n° 25. — Véanse arts. 577, 1141, 1142, 2244 y 3275.

(**Art. 2257.**) En el préstamo de uso no se transfiere la propiedad de la cosa, y por consiguiente, no se necesita tener capacidad para enajenarla, basta que se tenga la de administrar. Así, el menor emancipado, puede dar ó tomar en comodato, sujetándose á lo dispuesto en el art. 135, en cuanto al tiempo y al valor del uso. Siguiendo la antigua doctrina, que buscaba el beneficio del incapaz, sin tener en cuenta, que cuando no hay voluntad en uno de los contratantes, no puede existir contrato, se declara que el incapaz puede pedir la nulidad, más no el capaz; así es que de un acto nulo y no existente se hace uno anulable. Esto se comprendería cuando el incapaz ha podido manifestar su consentimiento, aunque imperfectamente; pero no así, cuando éste no existe, como en el caso del demente ó del menor impúber que no tienen voluntad. Si el comodante incapaz no pide la nulidad del contrato, el comodatario capaz tendrá que cumplirlo, lo que ni está conforme con los principios generales del derecho, en materia de contratos, ni con la naturaleza misma de la pres-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2256. — En cuanto á la última parte, Pont sostiene lo contrario en el comentario al art. 1874, n° 13, con algunas razones aparentemente buenas.



alegar para devolver la cosa? A no ser que adoleciera de alguno de los vicios del consentimiento, para él es un acto perfecto; del mismo modo, *el comodante capaz no puede demandar la nulidad del contrato al comodatario incapaz; más el comodatario incapaz puede oponer la nulidad al comodante capaz ó incapaz (art. 2258).*

tación. No se concibe que el comodatario pueda causar un perjuicio, al comodante incapaz, devolviendo á su representante la cosa que no ha podido prestarle, y se vea obligado á mantenerse en perpetua inseguridad sobre su devolución, desde que puede serle reclamada antes del tiempo. Si el comodante y el comodatario son incapaces absolutamente, no ha podido existir contrato, porque no hay voluntad. Para estar dentro de los principios sería necesario admitir que el incapaz, á que se refiere el artículo, es el que tiene incapacidad relativa y que ha podido consentir: sin embargo, no podemos darle tal interpretación en presencia del art. 1164.—FREITAS, art. 2561, n° 1.—Véanse arts. 1040 á 1043, 1160 á 1164, 2193, 2195, § 1, y 2196.

¿Qué capacidad se necesita en el comodante? Las opiniones se han dividido; unos sostienen que basta la capacidad de administrar, mientras otros exigen la de disponer de la cosa á título oneroso. Por mi parte adopto la primera; porque el comodato no empobrece al comodante, cuando más le priva momentáneamente del goce material de la cosa, proporcionándole un placer á la vez, por el uso que el otro hace, placer muy común en la sociedad donde esos pequeños servicios constituyen una fuente permanente de goces.—De esta opinión son DURANTON XVIII, 509. PONT, I, 55. AUBRY y RAU, § 391, nota 6, y BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, n° 615. Los que sostienen la opinión contraria se fundan en la pérdida que el préstamo de uso trae consigo, cuando es por un tiempo más ó menos prolongado, tomando un valor que puede ser de importancia en ciertos casos. Pero entonces correspondería averiguar si no es una donación disfrazada que perjudique á los herederos del comodante.—Apoyan esta opinión GUILLOAUD, n° 20. LAURENT, XXVI, 458, y DUVERGIER, n° 46.

Para nosotros bastará que el comodante tenga la administración de sus bienes; así podrán dar en comodato, el menor emancipado, la muger divorciada ó separada de bienes, el usufructuario y el locatario si no le estuviera prohibido por su contrato; pero no podrán hacerlo el tutor ó curador.

(**Art. 2258.**) Todo está calculado en la doctrina de estos artículos para hacer más difícil la posición de la persona capaz, cuando ha pres-



Como el dolo es penado por la ley, resultará que, *si el comodatario incapaz no fuese menor impúber, y hubiere inducido con dolo á la otra parte á contratar, su incapacidad no lo autoriza para anular el contrato, y debe devolver la cosa prestada como si fuese capaz (art. 2259)*, confirmando en esta parte la teoría sostenida

tado alguna cosa á un incapaz. Está destinado á ver que su cosa se concluya ó se deteriore, sin poder reclamarla, hasta que se cumpla el tiempo del contrato, á menos de los casos de los arts. 2268 y 2284; más aún, puede ser vendida y disipado su precio, no tiene derecho sino á aquello con que el incapaz se ha enriquecido. Pont, apercibido de la injusticia de estas disposiciones, que entregan al comodante de buena fe en manos del incapaz, que ha tomado la cosa, propone el medio de autorizarlo para obligar al representante del incapaz á que tome intervención, á fin de validar al acto, ó en caso contrario, se declare nulo el contrato.

¿Cómo se puede sostener, jurídicamente, que haya comodato cuando entrego en préstamo mi reloj, por seis meses, á un menor de seis años ó á un demente declarado? Un juez no puede negarse á esta demanda, obligando al representante del incapaz á que tome intervención, confirmando lo hecho por el incapaz ú obligarlo á que devuelva la cosa en caso contrario. El comodante capaz responde al incapaz de los perjuicios causados por los vicios ocultos de la cosa, si los conocía y no se los manifestó, aunque haya desaparecido por culpa del incapaz. Es una posición inexplicable ante la equidad.—Comp. FREITAS, art. 2561, n° 2.

(**Art. 2259.**) El presente artículo viene á confirmar la interpretación dada al art. 1166, del que es una aplicación, sin distinguir los casos en que el dolo consistiera en la ocultación de la incapacidad. Entendiendo ambas disposiciones, en el sentido que les hemos dado, se armonizan y completan; lo contrario sucede si las tomamos aisladamente: porque, en los casos del art. 1166, se concede al menor acción para anular el acto resultado del dolo, y el presente se la niega cuando es menor púber. Y no se comprendería cómo pudiera dispensarse al menor de 22 años, y mayor de 21, que habiendo alterado la copia de su fe de bautismo engañase al comodante para que le preste una cosa. ¿Por qué no se tomaría en cuenta el dolo, que no se dispensa jamás en los contratos? ¿Podría acaso consumir la cosa recibida en préstamo, venderla y disipar su valor, sin responsabilidad alguna? Sería hacer imposible la posición del comodante.

La obligación de mantener el contrato, como si fuera capaz, se refiere



en el comentario al art. 1166, de que el dolo cometido por un menor impúber debía hacerlo responsable, desde que tiene el suficiente discernimiento.

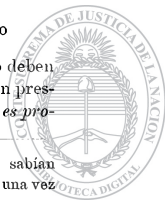
§ 625. — DEL OBJETO DEL PRÉSTAMO DE USO

Se ha dicho que el préstamo de uso se caracteriza por el objeto dado en comodato, pues debe ser de los que pueden usarse sin consumirse con el primer uso, no obstante, *cuando el préstamo tuviese por objeto cosas consumibles, sólo será comodato, si ellas fuesen prestadas como no fungibles, es decir, para ser restituidas idénticamente (art. 2260)* las mismas cosas, porque sólo se han prestado para adornos ó muestras, consistiendo en eso su uso.

solamente al comodatario púber que cometió el dolo; pero no puede aplicarse al demente, porque no hay voluntad, ni es responsable por los delitos; menos lo sería por los actos ilícitos. El menor púber, que con dolo indujo á la otra parte á contratar, se considera como capaz y está sometido sólo á *devolver* la cosa recibida, aunque haya vendido y disipado su valor. En cuanto á las demás obligaciones no se le puede considerar como capaz y es de justicia que así sea, porque sería llevar demasiado lejos la severidad castigando el dolo. Cuando el incapaz, que contratase sin dolo, llegare á la mayor edad ó le hubiere sido levantada la interdicción, si conservare la cosa prestada, le serán aplicables las reglas del comodato, como lo reconocen uniformemente los autores.—En contra, PONT, n° 62.

(**Art. 2260.**) Se pueden dar excepcionalmente en comodato las cosas consumibles, que estando destinadas á desaparecer con el primer uso, no son susceptibles de devolverse las mismas é idénticas cosas; así, cuando se prestan sólo para mostrarlas, sacándolas de su uso propio, pueden ser objeto del comodato, como dice la l. 3, § 6, tit. 6, lib. 13, Dig. No se pueden prestar en comodato las cosas que se destruyen con el primer uso, á menos que el comodatario al recibirlas se sirva de ellas sólo para pompa ú ostentación. Pothier, agrega: «es lo que acostumbraban á hacer los receptores infieles, que habiendo prestado á interés, los dineros de la

Nota del Dr. Velez-Sarsfield á los arts. 2257, 2258 y 2259.—Pont, sobre el art. 1789, n° 57 y 58.—Toullier, tom. 7, n° 587.—Duvergier, n° 30 y siguientes. Troplong, n° 50 y siguientes.



Las cosas de que puede ser objeto el comodato, no sólo deben usarse sin consumirse con el primer uso, sino que no pueden prestarse para hacer daño á otro, por eso dice el **art. 2261**: *es pro-*

caja, tomaban prestado de sus amigos bolsas de dinero, cuando sabían que debían hacerles el arqueo ó visita y devolverlas *in individuo*, una vez que la visita había pasado ».

Recuérdese que, la fungibilidad de una cosa, viene sólo del destino que las partes le dan, así un Código Civil que se entrega, para devolver otro de la misma clase, viene á ser fungible.—Cons. DUVERGIER, l. c., n° 19. POTHIER, l. c., n° 13. DURANTON, l. c., n° 503.— Véanse arts. 586, 745, 2241 y 2325.

(**Art. 2261.**) El contrato de comodato es nulo, cuando el uso de la cosa estuviere prohibido; pero en estos casos es necesario determinar la posición del prestamista y del que toma el préstamo. Comencemos por distinguir: si el comodante ignora que la cosa era destinada, para cometer un delito, tiene derecho á demandarla, y aun á repetir los perjuicios que se le hayan causado, art. 2268; pero si ha sabido que se iba á cometer el delito y la ha prestado *con ese objeto*, no puede haber contrato de comodato, hay simplemente complicidad en el delito, y en este caso no debe tener acción alguna para pedir la devolución de la cosa, si se cometió el hecho punible, porque la autoridad la confisca como instrumento del delito. Está en el mismo caso del que se asocia para cometer delitos, que pierde el aporte introducido con ese objeto, art. 1659, aun cuando el comodatario posea la cosa: *quando utrumque contrahentium turpitudine versatur, melior est causa possidentis*, dice la ley romana. Esta conclusión parece contraria á la nota del Dr. Velez-Sarsfield, que autoriza la reivindicación, cuando el comodante sabe que la cosa debe servir para cometer un delito, pero no lo es en realidad; nosotros suponemos cometido el delito, y al prestamista asociado para cometerlo, como cómplice, mientras la nota supone el simple conocimiento ó suposición, cuando no hay complicidad. Y no puede ser de otra manera: supongamos que A, entrega una cantidad á B, para que mate á C, y le facilita un revolver con ese objeto; nadie puede sostener que cometido el delito, A pueda pedir su revolver, pues, así como pierde el dinero pagado, pierde también el arma dada

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2260.—La ley Romana ya se ponía en este caso... *Nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat.*—L. 3, § 6, Lib. 13, Dig.—La Ley 4 siguiente habla también del dinero que se presta para mostrarlo á otro y devolverlo después.—Véase Zachariæ, § 723, nota 4.

hibido prestar cualquier cosa para un uso contrario á las leyes ó buenas costumbres, ó prestar cosas que estén fuera del comercio por nocivas al bien público; pero no puede hacerse responsable al dueño de la cosa del uso indebido que hiciere el que la recibe.



§ 626. — DE LOS QUE PUEDEN DAR EN COMODATO

La capacidad de prestar es condición esencial para la validez del contrato; pero cuando se tratare de personas que proceden á nombre de otras, por funciones que les hubieran encargado, se debe sujetar á estas reglas:

para cometerlo. Hemos expuesto la doctrina en los arts. 725, 1626 y 1659.

Cuando el hecho no importa un delito, sino simples actos ilícitos prohibidos por las leyes, como el contrato es nulo, el prestamista tiene dos acciones: la reivindicatoria y la *condictio sine causa*, para reclamar la devolución de la cosa prestada; lo mismo sucederá si se tratase de cosas que están fuera del comercio por nocivas al bien público. De esta manera se concilia la moral con la justicia. — Comp. DURANTON, XVII, n° 503. PONT, n° 43. TROP LONG, n° 34, y MASSE y VERGER, nota 7, al § 723 de ZACHARIE. — Véanse arts. 795, 953, 1044, 1167, 1327, 1501, 1626, 1659, 2280 y 2337.

Freitas, art. 2566, aplica á la prohibición el art. 2310, que es semejante á nuestro art. 1626.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2261.—Resulta de la resolución del artículo, que el préstamo de una cosa prohibida por la ley debe ser declarado nulo en toda hipótesis, lo mismo que el préstamo de una cosa no prohibida, cuando el prestador sabe que ella debe servir para cometer un delito. Pero, ¿cuál es la posición respectiva del que presta la cosa y del que la toma prestada? Según muchos autores debe negarse toda acción al prestador. Pero esta opinión conduce á un resultado menos justo, de traerle un beneficio al deudor á costa del que hizo el préstamo, cuando no es menos culpable que éste. Sin duda que siendo nulo el préstamo, ese hecho no puede servir de fundamento para una acción en juicio; pero no por esto la nulidad del préstamo le impide hacer valer los derechos que tiene sobre la cosa independientemente de ese contrato. Anulado el contrato, el prestador, como propietario de la cosa, puede reivindicarla del que la recibió en préstamo, cuando detiene sin causa una cosa que no le pertenece. Al que ha prestado la cosa, le queda, pues, la acción de dominio para recuperarla.



1^a El que prestare la cosa de otro, debe tener poder ó autorización para hacerlo.

2^a Les está *prohibido á los tutores prestar bienes de sus pupilos* (art. 2262, 1^a parte) aun con autorización judicial.

3^a Es prohibido á los curadores prestar los bienes de la curatela (art. 2262, 2^a parte), porque se encuentran en el mismo caso que los tutores.

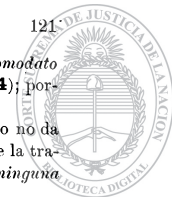
4^a Es prohibido *en general, á todos los administradores de bienes ajenos, públicos ó particulares, que estén confiados á su administración* (prestar dichos bienes), *á menos que fuesen autorizados á hacerlo con poderes especiales* (art. 2262, últ. parte), ó con poder general donde estuviera conferida dicha facultad.

§ 627.—DE LA FORMA Y PRUEBA DEL COMODATO

Como el préstamo de uso tiene poca importancia en las relaciones civiles, de ahí es que la ley, haciendo una excepción á los principios establecidos para los demás contratos, ha declarado que, *toda clase de prueba del contrato es admisible, aunque la cosa prestada valga más que la tasa de la ley* (art. 2263, 2^a parte),

(Art. 2262.) Los tutores no pueden prestar dinero de sus pupilos, ni aun con expresa autorización judicial, por más ventajoso que sea el préstamo, art. 449, n^o 9; con más razón debe prohibírseles el préstamo gratuito de las cosas de sus pupilos. En el mismo caso están los curadores. Se trata de una especie de donación de uso, que no se puede permitir á los representantes necesarios, por el peligro en que estarían los bienes de los incapaces, art. 188, n^o 8. En cuanto á los administradores de bienes públicos no pueden hacerlo, aun con autorización del P. E. que los haya nombrado, porque necesitan leyes especiales autorizándolos. La prohibición hace nulo el contrato, y puede demandarse inmediatamente la devolución de las cosas prestadas, salvo los perjuicios causados á los menores ó incapaces, de que deberán responder sus representantes. — FREITAS, art. 2563.

(Art. 2263.) El Código se ha decidido por el sistema que admite toda clase de prueba, haciendo una excepción á los principios generales, que rechazan la testimonial, cuando el contrato exceda de la tasa legal. En el comodato se confunde muchas veces la prueba del contrato, con



declarando además que, *son aplicables á la prueba del comodato las disposiciones sobre la prueba de la locación (art. 2264)*; porque en realidad es una locación gratuita.

El comodato puede hacerse en cualquier forma; pero no da lugar á las acciones propias del contrato, sino después de la tradición de la cosa; por eso dice el (art. 2263, 1ª parte): *ninguna forma es indispensable para el comodato*.

la de la propiedad de la cosa; porque quien la reivindica como suya, demostrando haberla prestado, tiende, generalmente, á probar su propiedad, aunque bien ha podido prestar una cosa ajena. Si el que recibe en préstamo una cosa mueble, se resiste á entregarla, como la posesión vale por título, el prestamista sería privado de ella, á menos de probar que la posee de mala fe, lo que sería casi imposible; es cierto, que como dice Pont, puede demostrar que la cosa le pertenece; que ha venido á poder del poseedor por un caso fortuito, y que éste último sabe que no le pertenece; pero toda esa prueba, que puede darse por testigos, viene á dar este resultado: demostrar el comodato. Es más sencillo entonces autorizar la prueba para demostrar también la propiedad del prestamista.

La diferencia capital, que hay con los demás contratos, es que si exigiéramos la prueba escrita, proscibiríamos por completo un contrato de uso tan frecuente en nuestras relaciones sociales, en que el préstamo á comodato es una modalidad de nuestra sociabilidad.—FREITAS, art. 2567. Cód. DE CHILE, art. 2175. Cód. DE CALIFORNIA, art. 2805. — Véanse arts. 973, 974, 1191 y 1663.

(Art. 2264.) Una cosa es el comodato como contrato, que puede demostrarse hasta por testigos, y otras son las cláusulas relativas al tiempo por qué se prestó la cosa y el lugar donde debe entregarse, que no están sometidas á la misma prueba, sino á las señaladas para la locación, y que debe darla el comodatario. Así, dice Freitas, art. 2568, también es aplicable á la prueba del tiempo y cláusula del comodato, lo dispuesto en los arts. 2320 y 2321 sobre la prueba del tiempo y cláusula de la locación, correspondiendo esta prueba al comodatario, y así debemos entenderlo, pues, de otro modo, estaría en contradicción con el artículo anterior.— Véanse arts. 1191, 1543 y 2285.

CAPÍTULO PRIMERO

§ 228.—DE LAS OBLIGACIONES DEL COMODATARIO

El comodatario que recibe un servicio, pues se le presta gratuitamente el uso, *está obligado á poner toda diligencia en la conservación de la cosa, y es responsable de todo deterioro que ella sufra por su culpa (art. 2266)*; pero el daño que resultase del uso para el que ha sido prestada la cosa, no puede ser considerado como ocurrido por culpa del comodatario.

(**Art. 2266.**) Habiendo desaparecido de nuestro derecho el sistema de clasificación de las culpas, en lata, leve y levisima, no podemos tomar como criterio, para determinar la responsabilidad, el tipo del *buen padre de familia*, que era correlativo de aquel sistema, y cuando el Código dice: «el comodatario debe poner en la conservación de la cosa toda la diligencia», se refiere á la que el obligado pondría en los casos del art. 512: su responsabilidad está limitada por la culpa imputable en los deterioros que éste haya sufrido. No responde del caso fortuito ni de la fuerza mayor, á menos de haber ocurrido estando constituido en mora ó por su culpa, ó si se hubiera obligado expresamente por ellos. Responderá, no sólo de sus propios hechos, sino de los de sus empleados, miembros de su familia, domésticos, trabajadores, y aun de sus huéspedes. Si los deterioros provienen del uso á que la cosa estaba destinada, no responde de ellos. Si los terceros, por odio ó venganza hacia su persona, destruyesen ó deteriorasen la cosa, aunque el comodatario es simple tenedor, puede perseguir por los daños y perjuicios á los que hicieron el daño.—CÓD. FRANCÉS, art. 1880. CÓD. DE CHILE, art. 2178. FREITAS, art. 2571. GOYENA, art. 1635. -- Véanse arts. 512, 585, 587, 1561, 1562, 2267 y 2270.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2266.—L. 2, Tit. 2, Part. 5^a.—L. 2, Tit. 16, Lib. 3, F. R.—Inst., § 2, Tit. 15, Lib. 3.





Cuando la cosa prestada hubiere recibido perjuicio por causa del comodatario, *si el deterioro es tal que la cosa no sea ya susceptible de emplearse en su uso ordinario, podrá el comodante exigir el valor anterior de ella, abandonando su propiedad al comodatario (art. 2267)*, debiendo pagar además los daños y perjuicios ocasionados por la no entrega.

(Art. 2267.) La responsabilidad del comodatario respecto á la conservación de la cosa, tiene por norma el cuidado que éste pondría en los casos del art. 512, y bastará no ser culpable de su deterioro ó destrucción. El artículo se refiere al deterioro culpable de que responde el comodatario. Será una cuestión de hecho la de averiguar si la cosa deteriorada podrá ó no emplearse en su uso ordinario, y no es posible dar una regla general, aplicando el art. 1531, referente al derecho del locatario, que puede pedir la rescisión del contrato, cuando se le priva de una parte principal de la cosa. Sería, pues, arbitrario establecer que la responsabilidad impuesta por el artículo sólo es aplicable, cuando la cosa disminuye por lo menos *en la mitad de su poder de servicio*.

Cuando el deterioro culpable fuese tal, que el comodante deba abandonar la cosa al comodatario, podrá pedir, no sólo el valor que tenía antes de su destrucción, sino también los daños y perjuicios ocasionados, art. 2274. En cuanto al valor de la cosa, la ley dice: «debe ser el que tenía antes de su destrucción», lo que ha inducido á algunos á pensar, que es el existente en el momento *en que se inutili*; ó el que tenía al tiempo de su destrucción, lo que no acepto por mi parte. En efecto, la ley no ha querido fijar tiempo; ha dado un medio para establecer el valor y ha dicho, es el anterior al deterioro, porque estándolo ya no se puede conocer: el momento del deterioro ó aquel en el que se entregó son estados anteriores. Lo justo habría sido señalar el valor de la cosa en el momento de la devolución, porque de otro modo no quedaría satisfecho el comodante sino ocurriendo á los daños y perjuicios. Supóngase que la cosa vale 100 cuando se hace el préstamo, 50 en el momento del deterioro, y 75 en el de la restitución. ¿Cuál de esos valores debe pagarse? El comodatario debe devolver la misma cosa: luego deberá el valor necesario para adquirir una semejante: si recibe 50 no podrá comprar otra, y por consiguiente, deberá pagar el valor que tendría en el momento de la entrega; pero el artículo dice: «será el valor que tenía *antes del deterioro*». ¿Será el de cien ó el de cincuenta, que son anteriores al deterioro? Si consideramos al comodatario como un tercero extraño que comete el delito de destrucción de la cosa,



Como el préstamo de uso es el resultado de un contrato, cualquier diferencia que hubiere se resolverá por lo convenido, por eso es que *el comodatario no puede hacer otro uso de la cosa, que el que se hubiese expresado en el contrato; y á falta de convención expresa, á aquel á que está destinada la cosa según su naturaleza ó costumbre del país. En caso de contravención el comodante puede exigir la restitución inmediata de la cosa prestada, y la reparación de los perjuicios (art. 2268)*; de modo que en este contrato

la indemnización consistirá en el pago de la diferencia de su valor actual y su valor primitivo, y por analogía con el art. 2274, en que el comodatario paga el valor de la cosa, debemos concluir que sería justo pagar los 50 que valía en el momento de su destrucción y además los 25 que faltan para adquirir otra semejante al hacerse la devolución. Cuando el comodatario entrega la cosa deteriorada, no le corresponde probar que los deterioros no han provenido por su culpa, porque es una prueba negativa; pero si el comodante demostrase que no se ha destruido por el uso ordinario y el comodatario alegare fuerza mayor ó caso fortuito debe demostrarlo á su vez, á menos de ser público, como en el de una inundación general. Cuando los deterioros ocasionados por culpa del comodatario dejasen la cosa en mal estado, pero que pudiera servir, pagará los deterioros, que se estimarán por la diferencia entre el valor actual y el que tenía antes; en esa diferencia están comprendidos los daños y perjuicios. — Cód. de Chile, art. 2178. FREITAS, art. 2592, n° 3. — Véanse arts. 505, 585, 587, 1094, 1559, 1602 y 2270.

Art. 2268. El uso puede estipularse en la convención; entonces quedará expresamente fijado, pudiendo destinarse la cosa á otro uso del ordinario. Cuando no hay contrato, viene el consentimiento tácito de las partes, y la cosa se usará según su naturaleza ó la costumbre del país. Cuando hubiera contrato, el comodatario debe ceñirse á él, en cuanto al tiempo, modo de usar la cosa y demás estipulaciones contenidas; si no existe, se atenderá primero á la naturaleza de la cosa y á la posición de los contratantes. Así, entre dos labradores que se prestan bueyes, lo natural es suponer que son para emplearlos en la labranza; si es un tropero quien los recibe, podrá emplearlos en los carros. Cuando se presta un caballo de silla, se supone que es para andar en él y no para la labranza.

Mientras el comodatario emplease la cosa en el uso designado en el contrato, ó en el que ésta tuviere, no responderá por los perjuicios ó



el pacto comisorio queda sobreentendido, y una de las partes puede disolverlo si la otra no lo cumpliera.

El comodatario no responde de los casos fortuitos ó de fuerza mayor, con tal que estos accidentes no hayan sido precedidos de alguna culpa suya, sin la cual el daño en la cosa no hubiese tenido

deterioros ocasionados por el uso. Así, cuando se ha prestado un caballo para correr en el circo, si se mancara corriendo, ó si tropezó y fué herido, ó le sucedió cualquier accidente al correr, el comodatario no será responsable.

El comodatario estará obligado á hacer los gastos necesarios para la conservación de la cosa en buen estado, ó tal como se le entregó. Cuando el comodatario excede de su derecho haciendo uso diferente del determinado en el contrato, ó de aquel á que debe destinarse la cosa por su naturaleza, como si en los ejemplos propuestos se me hubiera prestado un caballo para ir al Rosario y me fuera á Córdoba, ó si á un caballo de silla lo empleara en hacerlo tirar al pecho, deberé pagar los daños y perjuicios causados, y el comodante tendrá derecho para reclamarlo.

Los perjuicios por deterioros consisten en la diferencia de valor, pero si la cosa se ha perdido, se extenderán á los sufridos por el comodante por la privación de la cosa, como si la había vendido por 1000, valiendo sólo 800, se le deberán los 1000. La restitución inmediata podrá pedirse cuando hiciere mal uso, aunque hubiera plazo determinado. Cuando hubiera controversia respecto del uso, si la cosa fuera usada, según su naturaleza ó la costumbre del lugar, corresponderá la prueba al comodante que alegare haberla entregado para otro uso. Si, por el contrario, el comodatario la empleara en otro uso del ordinario, deberá demostrar que fué autorizado para ello.

Cuando la cosa se prestó, sin determinar expresamente el tiempo, éste puede quedar tácitamente fijado; como, por ejemplo, presté mi vajilla de plata para dar una comida á mis amigos, se entiende que deben devolvérmela una vez realizada. — Comp. DURANTON, XVII, n^o 516 y sig. PONT, al art. 1880. Cód. FRANCÉS, art. 1880. Cód. DE CHILE, art. 2177. GOYENA, arts. 1634 y 1635, y FREITAS, arts. 2571, n^o 2, 2574, n^o 2 y 3, y 2592, n^o 2. — Comp. arts. 1503, 1504, 1554, 1559 y 3230.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2268. — Véase L. 3, Tit. 2, Part. 5^a. — LL. 3 y 5, Tit. 16, Lib. 3, F. R. — Cód. Francés, art. 1880. — Napolitano, 1752. — Holandés, 1781. — Austriaco, 972.



lugar (**art. 2269**, 1ª parte), y siempre que no hubiere convenido expresamente que fueran á su cargo; pero responderá de los deterioros en los casos siguientes:

1º *Si la cosa prestada no ha perecido por caso fortuito ó de fuerza mayor, sino porque la empleó en otro uso* (**art. 2269**, 2ª parte), pues entonces ha faltado al contrato.

2º Cuando empleó (la cosa) *por un tiempo más largo que el designado en el contrato* (**art. 2269**, 3ª parte), pues se reputa que estaba constituido en mora, al sólo efecto de responder por los casos fortuitos sobrevenidos durante ese tiempo; pero no respon-

(**Art. 2269.**) La doctrina admitida por nuestro Código y aceptada por los que han seguido al francés, se funda en el derecho romano; es por eso que el deudor no responde del caso fortuito ó de fuerza mayor; pero este principio tiene las excepciones siguientes: 1º, cuando expresamente se obligó al caso fortuito; 2º, cuando vino por su culpa; 3º, en caso de mora no motivada por caso fortuito ó fuerza mayor. En los dos primeros, el deudor queda siempre obligado; pero en el tercero estará libre si demostrase que la cosa hubiera perecido aun estando en poder del deudor. ¿Por qué esta diferencia, que viene á reproducirse en el presente artículo? Porque cuando se ha pactado, tomando sobre sí el caso fortuito, la convención viene á ser la ley de los contratantes y cuando ha venido por culpa del deudor su posición se encuentra bien definida: ha causado un daño voluntariamente y debe responder de él; es por su culpa que ha venido el daño. Si bien la mora es una especie de culpa, tomada en general, cuando la ha motivado el caso fortuito ó la fuerza mayor, el deudor no debe responder de sus consecuencias. Si la mora es voluntaria ó culpable, el deudor responde del caso fortuito que vino durante la mora; pero como ésta no la causó directamente, se libertará de prestarlo si demostrase que la cosa hubiera perecido aun en poder del acreedor, art. 892; excepción fundada en la equidad, que no permite enriquecerse con daño de otro.

Si aplicamos estos principios al presente artículo, tendremos, que el comodatario no responderá en general del caso fortuito ó fuerza mayor, á no ser en los casos siguientes: 1º, cuando se hubiera obligado expresamente y sólo por los previstos; 2º, cuando provinieron por su culpa, es decir, cuando sin ésta no hubiera ocurrido; 3º, cuando viniera por haber empleado la cosa en otro uso del convenido ó del que correspondía por su naturaleza; 4º, si vino por tenerla mayor tiempo del convenido en el contrato; 5º, cuando pudo salvar la cosa prestada, empleando la suya.

derá, si demostrase que la cosa hubiera perecido aun en poder del comodante.

3° *Si pudiendo garantizar la cosa prestada del daño sufrido, empleando su propia cosa, no lo ha hecho así* (art. 2269, 4ª parte),

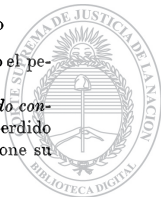
propia y no lo hizo; 6°, cuando pudo conservar la cosa prestada sacrificando la propia y no lo realizó.

Exceptuando el primer caso, cuando voluntariamente ha tomado sobre sí el caso fortuito, en los demás ha provenido por culpa del comodatario, que se puede decir los ha traído por hechos suyos, y por consiguiente, no puede alegar, como en el de mora, que la cosa hubiera perecido aun en poder del comodante, porque esa prueba excluiría el supuesto de donde parte su responsabilidad: que el caso fortuito haya provenido por su culpa ó uso indebido, etc.

Cuando el caso fortuito se ha producido sin culpa del comodatario y porque empleó la cosa en otro uso ó por más largo tiempo, no será responsable; como por ejemplo, si usando un caballo de silla en la labranza perezca por una inundación, porque el uso indebido no ha traído el caso fortuito ni ha provenido de él; por eso el artículo exige que el accidente haya sido precedido de culpa, sin la que el daño no hubiere tenido lugar; es decir, que venga porque empleó la cosa en otro uso ó por más largo tiempo, etc.

Las palabras de Aubry y Rau, § 392, nota 2, que el doctor Velez-Sarsfield trae en la nota, dicen claramente, que no se debe confundir cuando los casos fortuitos provienen por haber hecho un uso indebido de la cosa, con los que vienen independientemente de la mora sin que ésta los haya ocasionado, y en que el deudor puede libertarse demostrando que la cosa hubiera perecido aun en poder del acreedor; por eso separa el caso de mora de los comprendidos en este artículo. ¿Por qué se niega este mismo beneficio al que trajo, por decirlo así, por su culpa el caso fortuito, que hizo perecer la cosa? Porque esta es una condición esencial de su responsabilidad, si no la tiene, y el caso fortuito viene independientemente del hecho ejecutado, no es responsable de él; se puede decir que está en mejor condición el comodatario culpable que el comodatario moroso, y la crítica habría sido más justa, por no haberlos equiparado completamente, pero no podría hacerse con razón, porque el que empleó la cosa por mayor tiempo no es moroso desde que no fué interpelado, y sería injusto hacerlo responsable del caso fortuito que no provino de haberla empleado mayor tiempo del convenido, pues hay una prorrogación tácita del comodante desde que no la reclama.





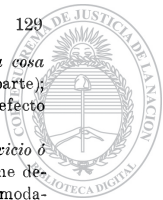
porque ha habido culpa por su parte, desde que conociendo el peligro, no obstante la empleó.

4° *Si no pudiendo conservar una de las dos, ha preferido conservar la suya* (art. 2269, últ. parte); porque habría perdido ésta, si no hubiera empleado la ajena, y es justo que abone su valor.

No creo, pues, que el simple retardo sin interperlación, ó el uso indebido de la cosa ú otra falta del comodatario, lo hagan responsable del caso fortuito, que no vino por esas causas, y opino que podría acogerse á los beneficios del deudor moroso, cuando la cosa hubiera perecido aun en poder del comodante, pues no tiene responsabilidad alguna en el caso supuesto. — Cons. DUVERGIER, l. c., n° 64. TROPLONG, l. c., n° 101. DELVINCOURT, III, 406. DURANTON, XVII, n° 520. AUBRY y RAU, § 392, nota 2, y los Dres. SEGOVIA y LLERENA, á este artículo.—Véanse arts. 513, 584, 586, 789, 892, 1091, 1571, 1572, 1908, 2203 y 2274.

Cuatro años después de escrita esta nota, nos llega Baudry-Lacantinierie y Wahl, así como Guillouard, confirmando la opinión emitida anteriormente respecto á la responsabilidad del comodatario; las palabras de los primeros apoyan tan eficazmente mi opinión, que no debo dejar de transcribirla; dicen: «No se ve como el que toma prestado podría ser declarado responsable, si no existe relación alguna entre la falta cometida y el caso fortuito que ha hecho perecer la cosa. Así creemos que el artículo subentendiendo que debe existir esta relación. En otros términos, nos parece que el que toma en préstamo y que está en falta por haber empleado la cosa en otro uso ó por un tiempo más largo que el debido, podría escapar á la responsabilidad de la pérdida por caso fortuito, demostrando que la cosa hubiese perecido aunque no hubiese cometido la falta.» — Apoyan esta interpretación, además de los autores citados anteriormente, LAURENT, XXVI, 470. COLMET DE SANTERRE, VIII, 81 bis, II y III. GUILLOUARD, n° 30. — *En contra*: AUBRY y RAU, § 392, nota 2, PONT, n° 73.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2269.—L. 3, Tit. 2, Part. 5°, y L. 2 y siguientes, Tit. 16, Lib. 3, F. R.—Inst., § 2, Tit. 15, Lib. 3.—L. 5, Tit. 6, Lib. 13, Dig.—Cód. Francés, arts. 1882 y 1883.—Napolitano, 1753 y 1754.—De Luisiana, 2870 y 2871.—Zachariae, § 724 y nota 3. — Es preciso no confundir el caso en que el comodatario es culpable, por haberse servido de la cosa prestada, por más tiempo que el designado en el contrato, y que por causa de esta culpa perezca por caso fortuito ó de fuerza mayor, como el caso en que la cosa perezca por un accidente de esa naturaleza, pero independientemente de toda culpa



5° *El comodatario no responde de los deterioros en la cosa prestada por efecto sólo del uso de ella (art. 2270, 1ª parte); porque en ese caso el resultado ha sido previsto y es un efecto propio del contrato.*

6° *Cuando la cosa se deteriora por su propia calidad, vicio ó defecto (art. 2270, 2ª parte), en que el comodante no tiene derecho alguno, pues no ha habido culpa por parte del comodatario.*

7° *Si el comodatario no restituyese la cosa por haberse perdido por su culpa, ó por la de sus agentes ó dependientes, pagará al co-*

(Art. 2270.) Debe entenderse, como lo dice el Cód. Francés, art. 1884, cuando no hay falta por parte del comodatario, ó como lo establece Freitas, art. 2580, no habiendo exceso ó abuso de su parte, porque una cosa puede emplearse en el uso convenido y, sin embargo, ser responsable del deterioro ó destrucción, si se ha hecho un uso excesivo ó abusivo, como si prestados dos caballos de labranza, se les empleara mayor tiempo del que ordinariamente pueden trabajar.

Las cuestiones sobre la culpa son de hecho. La prueba de que el comodatario no ha usado de la cosa, según el uso convenido ó con exceso, le corresponde al comodante; pero si el deterioro es de aquellos que no provienen del uso mismo, será el comodatario quien deberá demostrar que vino sólo de éste, ó de la calidad de la cosa ó del vicio ó defecto.

El comodatario no deberá responder del deterioro, cuando se le hubiera autorizado á emplearla en un uso peligroso, como si prestara caballos para una campaña contra enemigos y fueran heridos, estropeados ó muertos. — Comp. DURANTON, XVII, n° 519. PONT, l. c., n° 68. TROPLONG, l. c., n° 89 y FREITAS, art. 2580, de donde fué tomado.

La disposición se funda en la l. 10, tít. 6, lib. 13, Dig.: «porque el comodatario sólo se ha obligado cuando la cosa se ha deteriorado por su culpa». — Comp. arts. 1569, 1573 y 2266.

del comodatario, después de haberse constituido en mora de devolverla. El comodatario puede en este último caso, invocar la excepción establecida en el art. 789 si la cosa hubiese igualmente perecido en poder del dueño, mientras que en el primero su culpa no permite la aplicación de esta excepción.—Véase Aubry y Rau, § 392, nota 2.

Nota del Dr. Velez-Narsfield al art. 2270. — L. 3, Tit. 2, Part. 5ª. — L. 5, Tit. 16, Lib. 3, F. R.—L. 10, Tit. 6, Lib. 13, Dig.—Cód. Francés, art. 1884.—Napolitano, 1756.—Holandés, 1785.—De Luisiana, 2873.—Zachariæ, § 724.—Duranton, tom. 17, n° 519.—Troplong, n° 89.



modante el valor de ella. Si no la restituye por haberla destruido ó disipado, incurrirá en el crimen de abuso de confianza, y podrá ser acusado criminalmente, antes ó después de la acción civil para el pago del valor de ella, é indemnización del daño causado (art. 2274); pero si después de haber pagado el comodatario el valor de la cosa, la recuperase él ó el comodante, no tendrá derecho para repetir el precio pagado y obligar al comodante á recibirla. Pero el comodante tendrá derecho para exigir la restitución de la cosa, y obligar al comodatario á recibir el precio pagado (art. 2275); porque si él ha recibido el precio lo ha sido á título

(Art. 2274.) Aquí se trata de la pérdida culpable, en el art. 2267 comprendía el deterioro que la dejaba inútil para el servicio, y á este respecto nos referimos á la nota de ese artículo.

Debe devolver el valor de la cosa. ¿Cuál de esos valores? ¿El que tenía en el momento del préstamo ó en el de la destrucción ó en el de la restitución? Opino que debe ser el valor que tuviere la cosa en el momento de la entrega, porque es entonces que el comodante la recibe y debe tomar el valor que representa para proporcionarse otra. ¿Pero si la cosa le costó 1000, cuando la prestó, y sólo vale 500 en el momento de la restitución? Deberá los 1000 porque se trata de un abuso de confianza; lo mismo sucederá si la hubiere vendido ó destruido, deberá el valor actual y la diferencia con el valor primitivo, como en el caso de venta, más la indemnización de los perjuicios causados. En cuanto á los agentes ó dependientes que la hayan destruido ó perdido y de que responde, véase el art. 1113.

No creo que en caso de negligencia se deba los daños y perjuicios, pues, el comodatario, debe ser en este caso de mejor condición que el ladrón ó destructor malicioso de cosa ajena. Los términos: *destruido ó disipado* equivalen á vendida, ocultada ó dispuesto de la cosa como dueño, de modo que no la tenga en su poder.

La destrucción de la cosa ajena es un delito del derecho civil que puede siempre perseguirse, aunque el derecho criminal conceda acciones criminales. Y aquí repetiremos lo dicho en la nota anterior respecto de la facultad del Congreso. El Código Penal castiga este delito en el art. 204.—Comp. FREITAS, art. 2576.—Comp. arts. 584, 585, 891, 1094, 1113, 1114, 2269 y 2273.

(Art. 2275.) La hipótesis comprende no sólo el caso de pérdida sino



de daños y perjuicios por no haber podido devolverse la cosa prestada, así es que cuando se recupera, puede volverla á tomar.

Como el comodato es un préstamo gratuito de uso, el comodante debe tener ciertos privilegios para recuperar la cosa prestada, por esa razón *el comodatario no tendrá derecho para suspen-*

el de enajenación, ocultación, ó substracción por culpa del comodatario, así como cualquier otro caso en que la cosa existiera y fuera posible volverla á su poder. La nota del Dr. Velez-Sarsfield extiende aún el sentido de la expresión *recuperar*, al suponer que el comodatario puede haber comprado otra cosa para substituir la perdida, y no hay inconveniente en extender el derecho del comodante para elegir esa cosa y devolver el precio recibido; el beneficio es creado en su favor. No es necesario recuperar la cosa por acción reivindicatoria, porque la ley no hace distinción, y si el comodatario la compra ó la adquiere por cualquier título, el comodante puede elegir entre tomar la cosa ó devolver lo recibido, pues ha hecho un beneficio y no debe ser perjudicado, como sucedería si la cosa hubiere aumentado de valor.

Si el comodante ha reivindicado la cosa, deberá devolver el precio recibido, desde que no se puede quedar con ella y el precio, enriqueciéndose á costa del comodatario; pero si la ha adquirido por compra, donación, permuta ú otro título semejante, nada deberá.

Freitas, art. 2511, presenta el mismo caso tratando de la locación, pero sólo habla de la cosa perdida. La palabra *recuperar*, en su sentido gramatical, indica la acción de volver á tomar ó recobrar alguna cosa tenida antes, que ha salido de nuestro poder, y aunque en el sentido vulgar comprende la acción de tomarla con el mismo título; sin embargo, no se puede circunscribir á esta sola manera, y bastará que la cosa vuelva á nuestro poder.

La ley 17, § 5, tit. 6, lib. 13, Dig., habla de la cosa perdida, que el comodatario ha pagado, y que enseguida vuelve á su poder, *res in potestate tua venit*, sin distinguir como volvió. El artículo anterior se refiere á la cosa perdida, substraída, ocultada ó enajenada. El Dr. Segovia apoya nuestra opinión cuando dice: «con relación al comodatario nada importa la forma y título porque se haya adquirido la cosa, pues nuestro artículo no distingue».

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2275.—L. 8, Tit. 2, Part. 5ª.—L. 17, al fin, Tit. 6, Lib. 13, Dig.—Porque el comodatario puede haber comprado otra cosa para substituir á la pérdida.



der la restitución de la cosa, alegando que la cosa prestada no pertenece al comodante, salvo que haya sido perdida ó robada á su dueño (art. 2277), igualmente, el comodatario no puede retener la cosa prestada por lo que el comodante le deba, aunque sea por razón de expensas (art. 2278), porque tiene privilegio en caso de concurso.

(**Art. 2277.**) Se ha equiparado al depositario, art. 2215, cuando la posición es completamente diversa; el comodatario recibe un servicio y no puede pagarlo con una ingratitud, denunciando á su benefactor, mientras el depositario presta el servicio y en defensa de su integridad y honradez puede hacerlo sin violar las conveniencias sociales. De esto hablaremos en el art. 2279. Es preferible restituir el original Chileno, art. 2183, que comprende la cosa perdida, hurtada, robada ó embargada judicialmente, á cuyos casos debe extenderse la disposición. — Véanse arts. 1613, 2215, 2279 y 2467.

(**Art. 2278.**) Se trata del derecho de *retención* que se niega al comodatario en absoluto; pero lo que es claro, refiriéndose á la cosa misma, se convierte en una controversia, cuando esta ha desaparecido y la obligación es de pagar daños y perjuicios. Nuestro artículo es tomado del 1885, del Cód. Francés, habiéndole agregado la última parte y cambiado la palabra *compensación* que era impropia, por la expresión de: *por lo que el comodante le deba*, que significa lo mismo. Lo que se prohíbe es la retención por compensación, y para darle su verdadero sentido será necesario ir al art. 824 que prohíbe compensar la acción de daños é intereses por no poder restituir la cosa en caso de despojo y de depósito irregular, y en la nota explicativa del Dr. Velez-Sarsfield se dice: «que tratándose en el comodato de la restitución de un cuerpo cierto en que la compensación no es posible, no hay lugar ni necesidad de excepción», olvidándose que el artículo no se refiere á la restitución del cuerpo cierto, sino á la obligación de daños é intereses por no poderlo restituir. Se trata de una excepción al derecho común, de un privilegio, por decirlo así, que no se puede crear por analogía, en que se necesita una disposición expresa de la ley, y por esa razón me decido por la común opinión de los autores, que autorizan la compensación en el caso de pago de daños é intereses. por no poder devolver la cosa, refiriéndome á lo expuesto en el art. 2219, No se debe confundir el privilegio que tiene el comodatario por los gastos



Si la cosa ha sido prestada por un incapaz de contratar, que usaba de ella con permiso de su representante legal, será válida su restitución al comodante incapaz (art. 2276); pero si contra la prohibición de la ley el tutor ó curador la hubieran prestado, á él deberá hacerse la restitución. El comodatario puede devolver la cosa prestada por el incapaz á su representante legal.

Aunque no está conforme con los principios de lealtad y de amistad el constituir al comodatario que recibe un beneficio con el préstamo, en denunciante de su benefactor, sin embargo, como

de conservación de la cosa (art. 3892), y para los que no necesita del derecho de retención. El artículo decide la cuestión que dividió á los jurisconsultos franceses sobre la extensión del derecho de retención que puede ejercer al comodatario; nuestro Código lo niega en absoluto.—Contra Cód. CHILENO, art. 2193. FREITAS, art. 2586, y todos los autores franceses al art. 1885.—Comp. arts. 1618, 2218, 2219 y 2287.

(**Art. 2276.**) Este caso es tomado de Pothier por el Cód. Chileno, art. 2181, § 2, de donde á su vez lo copió el nuestro, y se refiere á las cosas que los menores acostumbran á usar con la autorización de sus padres ó tutores, y tiene un limitado alcance, sin que pueda considerarse como una derogación de los principios reconocidos. Así, un menor me presta los libros que usa en sus estudios, yo se los devuelvo, y él los destruye en seguida, no se me puede hacer responsable por no haberlos entregado al tutor ó padre. No es que el menor sea capaz, por la autorización dada, para usar esas cosas, sino la cuestión de responsabilidad que pesará sobre el tutor ó padre que se las confió y no sobre el que se las devolvió, pues se consideran entregadas al tutor y que éste las volvió á dar al menor. Por eso agrega Pothier, n° 35: «pero si la cosa que el menor prestó no era de su uso y de las que el tutor dejaba en su poder, aunque fuera suya, no debe ser restituída sino al tutor, y si fuere entregada al menor, sin consentimiento de aquel, deberá la cosa si el menor la perdiere».—Comp. arts. 734, 735, 737 y 2214.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2278.—Cód. Francés, art. 1885.—Napolitano, 1757.—Holandés, 1786.—De Luisiana, 2874.—L. 4, Tit. 23, Lib. 4, Cód. Romano.—La L. 9, Tit. 2, Part. 5ª, concede al comodatario la retención de la cosa por las expensas que hizo en ella, siendo tales que con derecho las pueda demandar, es decir, siendo necesarias. Aceptamos la doctrina del Derecho Romano, pues sería en extremo duro que el comodante, después de beneficiar al comodatario, se viese privado de su cosa por gastos más ó menos ciertos ó justos.—Véase Goyena, art. 1638.



podiera protegerse la complicidad en los casos de robo, se ha dispuesto que, *si se ha prestado una cosa perdida ó robada, el comodatario que lo sabe y no lo denuncia al dueño, dándole un plazo razonable para reclamarla, es responsable de los perjuicios que, de la restitución al comodante, se sigan al dueño. Este por su parte, tampoco podrá exigir la restitución sin el consentimiento del comodante, ó sin decreto de juez (art. 2279)*; porque habiendo contradicción, sólo la justicia debe decidir la controversia.

Es también en el deseo de impedir cualquier delito que, *el comodatario está obligado á suspender la restitución de toda especie de armas ofensivas, y de toda otra cosa de que sepa que se trata de hacer un uso criminal; pero deberá ponerla á disposición del juez (art. 2280)*, salvo la responsabilidad personal en que incurra

(**Art. 2279.**) No considero bien inspirada esta disposición que se justifica en el depósito, porque el depositario presta un servicio y puede hacer la denuncia sin herir los sentimientos de lealtad y de agradecimiento; pero el comodatario beneficiado no debe convertirse en denunciante ni obligarlo á un papel odioso respecto de su benefactor. A mi juicio se debería restablecer el texto original (Cód. Chileno, art. 2183, §§ 2 y 3) agregando la palabra *hurtada* que contiene también el art. 2215. Si la cosa era perdida y se ignorase quién era el dueño, el comodatario estará obligado á hacer la denuncia al juez, cuando el comodante se la hubiera prestado como propia; pero es necesario saber que era perdida. El plazo razonable debe juzgarse según las circunstancias del caso, y es un derecho propio del comodatario, sin que la justicia intervenga. Si el que se dice dueño la reclamara y el comodante se opusiera á la entrega, el comodatario puede entregársela á éste, si aquel no se ha presentado judicialmente dentro del plazo señalado; si lo hubiere hecho debe esperar á la decisión judicial, ó puede depositarla á la orden del juez que conoce del asunto.—Comp. arts. 1612 2215, y 2277.

(**Art. 2280.**) La disposición de este artículo sin sanción vendría á quedar inútil, pues cualquiera podría contrariarla sin daño alguno, y como es de buena interpretación no dejar la ley sin valor, aplicaremos el artículo 1109 haciendo responsable civilmente por los daños y perjuicios, al que ejecuta el acto contraviniendo á la ley; pero debe procederse con suma prudencia tratando de encontrar una ligereza ó imprudencia que



por la falsedad de la denuncia. El derecho que se concede al comodatario para hacer intervenir á la justicia entregando la cosa y obligando al comodante á reclamarla, no es arbitrario, ni se funda en meras suposiciones y sospechas, porque entonces podría perjudicar impugnemente al que le hace el beneficio; debe presentar pruebas de su aserto.

La ley para garantir la restitución de la cosa prestada, teniendo presente que el comodante hace un servicio gratuito, ha dispuesto que, *cuando muchas personas han tomado prestadas conjuntamente las mismas cosas, responden solidariamente por la restitución ó daños sufridos en ella* (**art. 2281**), á menos de pacto

se asemeje á la complicidad. Si se hubieren impuesto penas ó multas por la retención de ciertas cosas, como, por ejemplo, si se tratase de armas declaradas de la nación, el comodatario debe dar parte á la autoridad, así como en los casos de haberse declarado fuera del comercio por nocivas al bien público. El Cód. Chileno, art. 2184, de donde fué tomado nuestro artículo, agrega: «lo mismo se observará cuando el comodante ha perdido el juicio», y así debe considerarse por nuestro derecho, siempre que existiere la declaración judicial, ó cuando la demencia fuera notoria, en que la cosa deberá devolverse á su representante legal.—Comp. arts. 2261 y 2276.

(**Art. 2281.**) Es un caso de solidaridad pasiva creado por la ley, sin intervención de los interesados, pero pueden pactar lo contrario, pues tienen completa libertad. Cuando el préstamo es de una misma cosa á varias personas, no ofrece dificultad, y la ley supone que éstas la recibieron para usarla comprometiéndose por el todo á responder de ella, y que el comodante entendió prestarla de esa manera; por eso el art. 1887, Cód. Francés, de donde fué tomado el nuestro, dice: «si varios conjuntamente tomaron prestada la *misma cosa*»; pero el nuestro ha extendido la solidaridad á *varias cosas*, y entonces la justicia de la disposición es discutible. Se debe entender que esas cosas han sido consideradas en su conjunto y prestadas de ese modo; porque si las separasen sólo responderían de la que cada uno recibiera; del mismo modo se consideraría si la misma cosa se hubiera prestado á dos ó más, señalándoles tiempo para que cada uno la use, entonces responderían separadamente por el tiempo que la usaron.



expreso en contrario, porque hay libertad para determinar el modo como debe hacerse la restitución y las obligaciones que cada uno se imponga.

Los gastos hechos por el comodatario para servirse de la cosa que tomó prestada no puede repetirlos (art. 2282), porque son

Como la solidaridad es pasiva y no activa, resultará que ninguno de los comodatarios separadamente podrá devolver las cosas antes del tiempo, ni hacer cesar el comodato por su sola voluntad.—La disposición del artículo se funda en una decisión de ULPiano, contenida en la l. 5, § 15, tit. 6, lib. 13, Dig., explicada por POTHIER, n° 65.

Los comodatarios pueden ser requeridos separadamente por la restitución de las cosas, y por los daños y perjuicios, caso de no hacerlo. Cuando las cosas hubieren perecido por culpa de uno de ellos, el otro será responsable como si fuera él mismo, salvo su derecho para repetir lo pagado del que ocasionó el daño. Es de advertir que, si en la solidaridad cuando se trata del pago de una deuda hecha por uno de los deudores, tiene derecho para repetir de los demás lo que les correspondiese, deduciendo su parte, no sucede lo mismo (en el comodato) en caso de culpa de uno de ellos, porque sólo el culpable responde por el todo. Como la solidaridad establecida por este artículo es una derogación al derecho común, se debe aplicar estrictamente, y si uno de los comodatarios ha fallecido dejando varios herederos, su responsabilidad se dividirá entre éstos, según su porción, á menos que uno de ellos retenga la cosa prestada, en que puede ser demandado por su restitución. En la nota al art. 699 y sig., hemos consignado los verdaderos principios sobre solidaridad activa y pasiva. No se deben confundir los daños sufridos en las cosas dadas en comodato, con los daños y perjuicios de que responde el comodatario.—Comp. arts. 705, 710 á 717, 753, 1945 y 2299.

(**Art. 2282.**) El comodatario que gasta para servirse de la cosa, lo hace en su propio provecho y no tiene derecho para reclamarlo del comodante; por ejemplo, si ha gastado en mandar traer de la estancia los caballos que ha recibido en préstamo; si paga para alimentarlos, herrarlos ó cuidarlos, no puede pretender que el comodante le reembolse esos gastos. Pero el artículo no encierra todo el pensamiento del legislador, que no puede limitarse á los gastos hechos, sino que ha querido obligar al

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2281.—Cód. Francés, art. 1867.—Napoleónico, 1759.—Holandés, 1788.—De Luisiana, 2876.—Zachariae, § 724.—L. 5, § último, Tit. 6, Lib. 13, Dig.—En contra L. 5, Tit. 2, Part. 5ª.



hechos en su propio beneficio, y si la cosa hubiera adquirido con ellos mayor valor, tampoco podrá cobrarlos, desde que era una consecuencia natural para usarla.

§ 629.—DE LA CESACIÓN DEL COMODATO

El comodato se concluye por la destrucción de la cosa prestada sea ocurrido por caso fortuito ó fuerza mayor, ó por culpa del comodatario.

Cesa el comodato en los casos siguientes:

1° *Por concluir el tiempo del contrato* (art. 2271, 1ª parte),

comodatario que los haga, cuando sean necesarios para el uso de la cosa; así, Domat (leyes civiles, lib. 1, tít. 5, Sec. 2ª, nº 14), dice con más propiedad: «si para usar de la cosa prestada, el que la recibe, tiene que hacer algún gasto, *está obligado á hacerlo*» y esa obligación se comprende, porque entra en los cuidados que debe tener con la cosa, por consiguiente no se refiere á los gastos extraordinarios.

Compárese con el art. 2430 en que el poseedor de buena fe compensa los gastos hechos para la conservación de la cosa con los frutos que ésta produzca, aunque el caso del presente artículo no pueda comprenderlo, porque el comodatario sólo usa de la cosa y no puede tomar sus frutos (art. 2265), estando, sin embargo, obligado á conservarla.— Véanse arts. 1573, 2265 y 2430.— Comp. CÓD. FRANCÉS, art. 1886. FREITAS, art. 2585, § 2, y GORENA, art. 1633.

Los gastos *ordinarios*, dicen Baudry-Lacantinerie y Wahl, nº 667, que son, como lo decía Pothier, una carga natural del servicio que el que toma en préstamo saca de la cosa; es decir, los gastos de entretenimiento, son á su cargo, aunque sean necesarios para la conservación de la cosa. Pothier, nº 81, aclara el pensamiento con este ejemplo: «si os he prestado mi caballo para hacer un viaje, estais obligado á mantenerlo, á que permanezca herrado como os lo entregué, porque estos gastos son los ordinarios para obtener el goce».—Comp. CÓD. CIV. ALEMÁN, art. 601.

(Art. 2271.) El artículo habla de cesación del comodato y de restitución de la cosa; respecto de lo primero es incompleto, porque el

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2282.—L. 7, Tit. 2, Part. 5ª, y L. 18, § 2, Tit. 6, Lib. 13, Dig.—Cód. Francés, art. 1886.—Austriaco, 981.—De Baviera, art. 5, Cap. 2, Lib. 4.



porque la voluntad de los contratantes es la regla á que obedecen;

2º *Por haberse terminado el servicio para el cual la cosa fué prestada* (art. 2271, 2ª parte), aunque no se haya concluido el término porque fué dada.

En los dos casos anteriores, la cosa *debe ser restituida al comodante en el estado en que se halle, con todos sus frutos y accesiones, aunque hubiese sido estimada en el contrato. Se presume que el comodatario la recibió en buen estado, hasta que se pruebe lo contrario* (art. 2271, últ. parte). La estimación se tendrá en

comodato cesa: 1º, por concluirse el tiempo del contrato; 2º, por terminarse el servicio por el que fué concedido; 3º, por fallecimiento del comodatario, si fué en consideración á su persona ó por su profesión, art. 2283; 4º, por usar la cosa de manera contraria al contrato, art. 2268, si lo pidiera el comodante; 5º, por sobrevenir al comodante alguna necesidad imprevista ó urgente, art. 2284; 6º, si no hubo tiempo designado, ni se determinó el uso, por la sola voluntad del comodante, art. 2285; 7º, si no puede tener lugar el uso para que fué prestada; 8º, si la cosa pereciese sin culpa del comodatario; 9º, si la cosa pertenece á varios pro-indiviso, uno de ellos no podrá hacerlo cesar sin el consentimiento de los demás. La restitución de la cosa debe hacerse con los accesorios, entendiéndose por tales los que se hubiesen agregado y no pudiesen separarse sin deteriorarla.

El comodatario sólo tiene un derecho personal de uso, que no se asemeja al del usuario, y debe devolver la cosa con los frutos que haya producido, sin estar obligado á hacer trabajo alguno; pero cuando el uso concedido consistiera en un campo de labranza para trabajarlo, los frutos que le hiciera producir corresponderán en su totalidad al comodatario. Los frutos que debe entregar son, pues, los que naturalmente produce la cosa periódicamente sin alterar su substancia. Cuando el comodante es propietario de la cosa, son á su cargo los aumentos naturales ó los deterioros; le corresponde, por consiguiente, cualquier accesión. Si la cosa hubiere sido estimada, esto no le autorizaría para quedarse con ella y entregar su valor; pero si se perdiera por culpa del comodatario ó de sus agentes pagará la estimación; si la hubiere enajenado podrá ser acusado criminalmente, y deberá además los daños y perjuicios.

El lugar donde la cosa debe entregarse será el determinado en el contrato, y si no estuviese designado, como es una cosa cierta y deter-



cuenta en los casos cuando la cosa hubiera desaparecido ó destruido por culpa del comodatario en que se deberá la cantidad en que se estimó.

En la restitución de la cosa dada en comodato, á semejanza de lo que sucede en el depósito, se alteran en cierto modo los principios que rigen las sucesiones, pues los herederos del comodatario no responden por la cosa recibida en la misma medida que éste. La buena fe de los herederos, que ignoraban la procedencia de la cosa dada en comodato, rompe por decirlo así, la mala fe del comodante que la recibió en préstamo, y que responde como poseedor de mala fe, si dispone de la cosa enajenándola, y en este sentido establece el **art. 2272** que: *si los herederos del comoda-*

minada (cuerpo cierto), se hará donde ésta existía al contraerse la obligación, art. 747, y no en el lugar del contrato, como algunos creen.

El comodatario no incurrirá en mora por no restituir la cosa en el tiempo convenido, á menos de haberse estipulado expresamente que así sucedería ó en el caso del art. 509, n° 2; en los demás será necesario interpelación. La cosa debe restituirse en el estado en que se hallare, salvo la obligación de pagar los deterioros causados por culpa del comodatario, y aun el derecho de rechazarla, cuando no fuere susceptible de emplearla en su uso ordinario. Si el estado de la cosa se hubiera hecho constar, deberá devolverla en el estado en que la recibió, salvo los deterioros naturales. Si el comodatario hiciera mejoras, que el comodante no se obligó á pagar, podrá sólo repetir el mayor valor que la cosa hubiere adquirido por esas mejoras.—Cód. de Chile, art. 2180. FREITAS, art. 2575, y GOYENA, art. 1640.— Véanse arts. 566 á 568, 1616, 1764, 1765, 2283, 2284 y 2848.

(**Art. 2272.**) La ley establece una presunción en favor de los herederos del comodatario que no es una excepción, porque todo poseedor se presume de buena fe, mientras no se pruebe lo contrario, art. 2362; pero, al equipararlo á los demás poseedores de buena fe, les concede un verdadero privilegio, pues como representantes del comodatario, en cuyo lugar se encuentran, tienen una obligación de restitución, que los otros no han tenido, y si por su ignorancia y buena fe son dignos de que se les dispense de los daños y perjuicios, no debería libertárseles de pagar lo



tario, no teniendo conocimiento del préstamo, hubieren enajenado la cosa mueble prestada, podrá el comodante, no pudiendo ó no queriendo hacer uso de la acción reivindicatoria, ó siendo esta ineficaz, exigir de los herederos el precio recibido, ó que le cedan las acciones que en virtud de la enajenación les competan, justificándose en cierto modo esta excepción, cuando el propietario por su inacción ó silencio hubiera dejado que se enajenase la cosa sin hacer reclamo alguno.

Si los herederos tuvieron conocimiento de que la cosa era prestada, deberán pagar todo el valor de la cosa, y resarcir el perjuicio al comodante; y aun podrán ser perseguidos criminalmente por abuso de confianza (art. 2273), lo que es justo, pues disponen á

que la cosa vale; así el Cód. Chileno, art. 2187, los condena á pagar el justo precio de la cosa prestada, porque eso es lo que en realidad deben como herederos; pero si fueran terceros de buena fe que dispusieron de la cosa, no deben sino aquello en que se hubieren enriquecido con la destrucción ó consumo, ó el precio recibido si la hubieren enajenado, art. 2431.—Véase lo dicho en el art. 2212 que es aplicable en parte á este caso. Cuando el propietario tenga derecho para deducir la acción de reivindicación, como en los casos del art. 2778, ó para que le paguen el precio, art. 2780, puede elegir la acción, sin que esta elección le prive reclamar al otro, cuando nada hubiere obtenido el demandado. Si el enajenante tuviera otros derechos (á excepción del precio debido, art. 2780), que ejercer contra el adquirente, puede hacérselos ceder, lo mismo sucedería en el caso del art. 2212, aunque no se lo conceda expresamente.

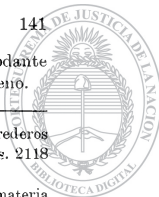
El presente artículo sólo se aplica á los muebles, porque los inmuebles no pueden enajenarse sin título; no hay lugar á alegar la buena fe; si se tratase de un caso de simulación, no sería regida por las disposiciones de este título. Freitas, art. 2578, § 2, apoya la doctrina del Cód. Chileno, y establece que cuando los herederos disipasen ó consumiesen de buena fe la cosa dada en comodato, deberán el valor de ella, sin pérdidas ni intereses, y así debemos considerarlo por nuestro derecho.—Comp. arts. 1196, 2209, 2212, 2356, 2357, 2431, 2767, 2777 á 2780.

(**Art. 2273.**) Aquí se reconoce la obligación de pagar el valor de la cosa, como si la buena fe pudiera libertarles de una obligación que pesa sobre todo deudor, por sólo la circunstancia de ignorar su existencia. El perjuicio que puede demandar el comodante, comprende la diferencia del valor que la cosa tuviere al presente, con el que tenía en el momento

sabiendas de una cosa ajena. El silencio ó inacción del comodante no los ha autorizado para disponer de lo que sabían era ajeno.

de prestarla, así como á los intereses moratorios, desde que los herederos dispusieran de ella. Se debe juzgar como en el caso de evicción, arts. 2118 á 2121.

Algunos creen que el Código Civil no puede legislar sobre materia criminal, pero como ley del Congreso, cualquier disposición tendrá tanto valor como si se encontrase en el Código Penal. No es el lugar el que la hace valer, sino la facultad que el legislador tiene para dictarla. Si el Código Penal no estableciera pena, (véase art. 204), la disposición quedaría sin sanción y por consiguiente inútil; pero eso no impediría que el Código Civil pudiera contenerla, aunque fuera del lugar donde debe encontrarse. — Comp. arts. 506, 511, 1072, 1093, 2209, 2212, 2274, 2437 y 2438.



CAPÍTULO II

§ 630.—DE LAS OBLIGACIONES DEL COMODANTE



El comodante debe dejar al comodatario ó á sus herederos, el uso de la cosa prestada durante el tiempo convenido, ó hasta que el servicio para que se prestó fuese hecho. Esta obligación cesa respecto á los herederos del comodatario, cuando resulta que el préstamo sólo ha sido en consideración á éste, ó que sólo el comodatario por su profesión podía usar de la cosa prestada (art. 2283); pero

(Art. 2283.) La cosa puede prestarse por un tiempo determinado, para hacer un servicio dado, ó sin indicación de tiempo ni de servicio; del último caso nos ocuparemos en el art. 2285. Cuando se prestó por un tiempo determinado debemos distinguir: si fué de una manera imperativa, ó si el tiempo fué indicado como el suficiente para el servicio; por ejemplo, si presto gratuitamente mi caballo por diez días, tengo derecho para reclamarlo á la espiración del término sin consideración alguna; pero si he agregado que ese es el término que juzgo necesario para labrar el campo del comodatario, si no lo hubiera podido hacer por el mal tiempo ó por cualquier causa justificada, los jueces pueden prorrogarlo teniendo en cuenta la intención de las partes; lo mismo sucederá cuando sin fijarse término, se ha prestado para hacer tal servicio, una vez concluido éste, deberá devolver la cosa. Se puede deducir esta otra consecuencia: cuando la cosa se ha prestado para un uso determinado y por un término fijo, si el servicio se ha concluido antes del plazo, el comodante puede reclamar su cosa, como si presto mis caballos por un mes para labrar un campo y este trabajo se ha concluido á los 15 días, el comodato ha terminado. Cuando se prestó la cosa, *hasta que el servicio fuese hecho*, el comodante podrá exigir la restitución, si la cosa pudo ser empleada y no lo fué, pues el comodatario no tiene derecho para tenerla



esto debe constar claramente en el contrato. Cuando hubiere duda respecto del tiempo, se atenderá al objeto para que fué prestada.

Si antes de llegado el plazo concedido para usar de la cosa prestada, sobreviene al comodante alguna imprevista y urgente necesidad de la misma cosa, podrá pedir la restitución de ella al comodatario (art. 2284) y éste deberá devolverla, aunque le cau-

indefinidamente, sin servirse de ella, á menos de justificar que sin su culpa no pudo emplearla. Así, prestado un caballo para hacer un viaje al Rosario, se podrá pedir la devolución calculando el tiempo de ida y vuelta y el del negocio que lo llevó; pero si la cosa presta un uso permanente y no se ha señalado término, como si fuera una casa para habitarla, se regirá por el art. 2285 y la pedirá cuando quisiere.

El comodatario tiene un derecho *personal* de uso, por oposición al derecho *real* que grava la cosa, pero no es inherente á la persona. por eso transmite á sus herederos el derecho de usarla, á menos que el préstamo resultase haberse hecho en consideración al comodatario; pero serán cuestiones de hecho.

El comodante no garante al comodatario de las turbaciones de hecho que hicieren los terceros, pero sí de las provenientes de sus actos.—Comp. Cód. FRANCÉS, arts. 1879 y 1888. PONT, nos 49 y 109. DURANTON, XVII, n° 500, y AUBRY y RAU, §393, texto y nota 1. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, nos 652 y sig.—Comp. arts. 1559, 1604, 2271, 2284 y 2285.

(Art. 2284.) El artículo es una excepción de los principios que rigen los contratos; pero se interpreta la voluntad de las partes, pues la ley no ha podido querer que el benefactor reciba perjuicio.

Este privilegio concedido al comodante tiene estos límites: 1°, la necesidad debe ser *imprevista*, porque si se ha podido prever ó era natural haberla tenido en cuenta, no podrá pedir la devolución antes del plazo; así, no podría reclamar la cosa porque la necesitara, pues al privarse de ella ha consentido, durante el tiempo convenido, en sacrificar su propia comodidad; 2°, la necesidad imprevista debe ser *urgente*, es decir, no admitir demora, ni poderse reemplazar por otra cosa igual. Estas dos condiciones reunidas darán derecho á pedir la devolución an-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2283.—L. 4, Tit. 16, Lib. 3, F. R.—L. 17, Tit. 6, Lib. 13, Dig.—Cód. Francés, art. 1888.—Napolitano, 1760.—Holandes, 1788.—De Luisiana, 2877, Pothier, n° 27, Duranton, tom. 17, n° 537, Aubry y Rau, § 393, Zacarías, § 725.



sare perjuicios; pero la necesidad debe ser imprevista. Se puede estipular igualmente, que el comodante pueda pedir la cosa cuando la necesitare ó lo exigiere, y entonces debe devolverse ésta según el contrato, *ó si el préstamo fuese precario, es decir, si no se pacta la duración del comodato ni el uso de la cosa, y este no resulta determinado por la costumbre del pueblo, puede el comodante pedir la restitución de la cosa cuando quisiere. En caso de duda incumbe la prueba al comodatario (art. 2285);* porque siem-

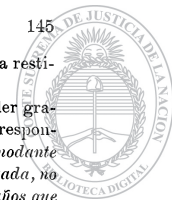
tes del término, porque si la necesidad es imprevista y no fuera urgente, ó si lo fuera y la necesidad fuese prevista, no podría pedirla.

No obstante, habrá casos en que, aun reuniéndose las dos circunstancias, la entrega no sería posible ó de hacerlo se seguiría un grave perjuicio al comodatario: en el primer caso, si la cosa no puede restituirse sin culpa no deberá perjuicio alguno: en el segundo, el comodatario puede ofrecer otra cosa equivalente, á su costa, hasta que el perjuicio que recibiría (por entregarla) hubiera desaparecido. La ley no hace excepciones, pues la entrega puede hacerse, y es más equitativo que el comodatario dé otra cosa momentáneamente, impidiendo un perjuicio á su benefactor. —Comp. DUVERGIER, n° 107 y PONT, n° 118. CÓD. FRANCÉS, art. 1889. GOYENA, art. 1640. CÓD. DE CHILE, art. 2180 y FREITAS, art. 2592. — Véanse arts. 1497 y 2283.

Cuando el comodante reclama la cosa dada en comodato, por encontrarse en el caso del artículo, el juez resolverá el asunto tratando de interpretar la intención de las partes, teniendo en cuenta lo que decía de Galli en la exposición de motivos al Tribunalado, que no se presume el deseo de hacer un bien á otro perjudicándose á sí mismo. Depende, pues, del juez, quien puede acordar ó negar la devolución de la cosa antes del tiempo convenido.

(**Art. 2285.**) «Precario (dice la l. 1, tít. 26, lib. 43, Dig.) es cuando se concede á alguno una cosa para que la use durante el tiempo que le parezca bien á aquel que la concede», quedando así la resolución del contrato en manos del comodante, y el Dr. Velez-Sarsfield, en la nota al art. 2480, dice: «la palabra *precario* tiene hoy una significación más exacta que la que le daba el derecho romano, porque, no sólo significa

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2284. —Cód. Francés, art. 1889. —Napolitano, 1761. —De Luisiana, 2878. —Pont sobre los artículos 1888 y 1389. —Heinecio, dice: *«quitas suadet ut si ipse comodans re sua indigeat, ille comodatario preferatur.* —Inst., § 7º.



pre se debe juzgar á favor del comodante, tratándose de la restitución de la cosa.

El comodante presta en realidad un servicio al conceder gratuitamente el uso de la cosa; pero eso no lo exime de las responsabilidades en que pudiera incurrir, por esa razón *el comodante que, conociendo los vicios ó defectos ocultos de la cosa prestada, no previno de ellos al comodatario, responde á éste de los daños que*

una concesión revocable á voluntad del propietario, sino que se aplica á toda concesión que no sea á título de propietario ».

Nuestro artículo considera precario cuando el comodato no tenga plazo ni se determine el uso de la cosa; pero es más exacta la expresión del Cód. Civil. Chileno, art. 2195, al decir: *para un servicio particular*, en vez de, *ni se determine el uso*, porque bien puede determinarse el uso y ser no obstante precario el préstamo, como si presto una yunta de bueyes para la labranza; por el contrario, si es para arar una cuadra de campo, ó si el caballo es para hacer tal viaje, no puede existir el préstamo precario en el sentido del artículo.

El artículo agrega este otro elemento: que el uso no resulte determinado por la costumbre del pueblo, pues entonces el préstamo no sería precario.

La prueba, en caso de duda, incumbe al comodatario, no sólo porque él afirma que el contrato ha tenido un término, ó que la cosa fué prestada para tal uso, ó que esto resulta determinado por la costumbre, y el comodante se limita á pedir su cosa, sino porque presta un servicio y debe ser de mejor condición que el beneficiado. La prueba, en cuanto al tiempo, se rige por el art. 1193; respecto del uso ó costumbre se puede dar por todos los medios admitidos en derecho. — Comp. GOYENA, art. 1641. Cód. DE CHILE, art. 2195. FREITAS, art. 2588, y TROP LONG, nos 147 y 155. — Véanse arts. 1604, n° 2, 1767 y 2226.

Bandry-Lacantinerio y Wahl consideran al precario como un contrato distinto del comodato: 1º, porque la revocación puede hacerse antes que el uso haya comenzado ó terminado; 2º, que el precario puede no ser gratuito y el comodato debe serlo necesariamente; 3º, que el precarista tiene la posición jurídica de la cosa. Por nuestro derecho no se puede hacer esta diferencia, pues nuestro Código habla del precario en este artículo, aplicando la expresión, no á un contrato sin término, sino al comodato sin término, y en parte alguna lo legisla separadamente, como lo hacía el derecho romano, y aunque el Dr. Velez-Sarsfield, en la nota recordada, dice: que la expresión de precario se aplica á toda conce-



por esa causa sufre (**art. 2286**); pero no tendrá responsabilidad alguna si los hubiere ignorado, así es que corresponde al comodatario la prueba.

Los gastos que el comodatario hiciera en la cosa prestada pueden ser de dos clases: aquellos que necesita hacer para usar de la cosa y por los que no tendrá derecho para repetir lo gastado, ó los que se refieren á la conservación y es con relación á ellos que

sión que no sea á título de propietario; sin embargo, debemos atenernos á lo dispuesto en el Código, que no lo considera como contrato.—En contra de las conclusiones de estos autores se pueden citar á casi todos los comentaristas franceses, que no consideran al precario como contrato. TROPLONG, DUVERGIER, PONT, AUBRY y RAU, COLMET DE SANTERRE, GUILLOUARD y LAURENT, rechazan tal diferencia.

(**Art. 2286.**) El comodante presta al comodatario un servicio gratuito: es una especie de donación de uso y no debe estar obligado por la evicción, cuando le fuera quitada la cosa; pero, á semejanza del art. 2146, se exceptúan los casos en que expresamente la hubiera prometido ó si hubiera procedido de mala fe. El comodante no responde por las turbaciones de terceros, pero como él está obligado á respetar el contrato, responderá de sus propios hechos, por ejemplo, cuando sin motivo quisiera volver á tomar la cosa antes del término, pagará los daños y perjuicios causados al comodatario.

El artículo obliga además al comodante á responder de los perjuicios si fueron ocasionados por los *vicios ocultos* de la cosa, y en ese caso se regirá por los principios siguientes: 1º, el vicio debe ser oculto, porque si está á la vista, ó si lo conociera ó debió conocerlo el comodatario, por la profesión ú oficio, no será responsable; 2º, el vicio debe ser conocido por el comodante; pues si lo ignorara, su buena fe lo exime de responsabilidad; 3º, si conociendo el vicio no lo hizo saber al comodatario; pero, si á pesar del conocimiento, éste ha consentido en tomar la cosa, se entiende haber aceptado los riesgos.—Comp. Cód. FRANCESES, art. 1891. GOYENA, art. 1643. FREITAS, art. 2587. PONT, al art. 1891. TROPLONG, nº 164. — Véanse arts. 931, 1525, 2103, 2147, 2224 y 2247.

Baudry-Lacantinerie y Wahl, nº 671, traen el siguiente ejemplo, que aclara completamente este punto: «os he prestado un caballo atacado de una enfermedad contagiosa, sabiéndolo, sin pre-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2285.—L. 1, Tit. 2º, Lib. 43, Dig.—Cód. de Austria, arts. 974 y 975.—Prusiano, 280, sección 1, tit. 21, parte 1ª.



dice el **art. 2287**: *el comodante debe pagar las expensas extraordinarias causadas durante el contrato para la conservación de la cosa prestada, siempre que el comodatario lo ponga en su conocimiento antes de hacerlas, salvo que fuesen tan urgentes que no pueda*

veniros de tal cosa; él la comunica, lo que era fácil preverlo, a vuestros caballos, con lo que los ponéis en contacto y todos mueren». Seré responsable de este perjuicio, porque resulta por mi culpa, y aun de mi dolo.

(**Art. 2287.**) El artículo trata de los gastos para la conservación de la cosa, pero no deben ser de aquellos sin los cuales esta no habría podido existir, pues éstos deben pagarse, ni de los que son necesario hacer para servirse de la cosa, como la manutención de los animales prestados, que son á cargo del comodatario. El artículo trata de los deterioros que la cosa sufriera sin comprometer su existencia, porque cuando llegare este caso, y no pudiera avisar al propietario, tendrá obligación de hacerlos, con derecho para cobrarlos. Cuando el comodatario no hubiera dado aviso, fuera del caso de urgencia, debemos distinguir: si los gastos de conservación fueren de tal naturaleza que la cosa habría perecido, debe pagarlos el comodante, aun sin aviso; si fueren de mera conservación, los deberá en la medida del mayor valor de la cosa. Tratándose de gastos de conservación se puede suponer con justo motivo que el comodatario ha obrado como gestor de negocios, art. 2288, evitando al comodante un mal mayor, pero como él mismo beneficia con esos gastos sólo deben reconocerle los que existan y en la medida del mayor valor dado á la cosa. No es exacto, como algunos afirman, que la ley le prohíba hacerlos, pues sólo le exige que lo ponga en conocimiento del comodante, lo que es diferente. En esta parte estoy conforme con la opinión de Pont, n° 122, que dice: «si ha hecho, con ocasión de la cosa, gastos extraordinarios, es justo que no los soporte igualmente sin recurso, pues entonces el comodante se enriquecería á costa del comodatario. El comodato es y debe quedar como un contrato de beneficencia por parte del comodante hacia el que toma la cosa prestada y no de parte de éste respecto de aquel».—Comp. Cód. FRANCÉS, art. 1890. POTHIER, n° 81. GUYEN, art. 1642. FREITAS, art. 2582, n° 2. Cód. DE CHILE, art. 2191.—Véanse arts. 1516, 1518, 1539, n° 3, 1544, 2204, 2224, 2278, 2303, 2306 y 2462.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2286.—L. 6, Tit. 2. Part. 5ª.—L. 18, § 3, tit. 6, Lib. 13. Dig.—Cód. Francés, art. 1891.—Napolitano, 1763.—Holandés, 1790.—De Luisiana, 2880.—Zachariae, § 725,—Pont. sobre el art. 1891.

anticipar el aviso sin grave peligro; porque de otro modo sería poner en la mano del comodatario la facultad de perjudicar al comodante, ó de contrariar su voluntad haciendo gastos que no quisiera hacer.

Baudry-Lacantinerie y Wahl, dicen : «parecería, según el art. 1890, que los gastos útiles, por ejemplo, los hechos en mejoras, no están sujetos á reembolsos; esta solución nos parece igualmente contraria al derecho común para ser admitida; el que toma en préstamo tiene, pues, derecho de exigir el reembolso del mayor valor procurado á la cosa por los gastos útiles que haya hecho.» GUILLOUARD, n° 56, combate esta conclusión, con razones que no nos convencen.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2287.—Cód. Francés, art. 1890 y sobre el Pont.—Zachariæ, § 725.—Pothier n° 81 y siguientes.—L. 18, Dig., *commodat*.



TITULO XVIII

DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS

§ 631. — CUÁNDO HAY GESTIÓN DE NEGOCIOS

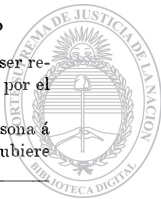


Hay gestión de negocios, cuando una persona sin mandato expreso ó tácito se encarga voluntariamente del negocio de otro, con la intención de obligarlo; porque si por equivocación y creyendo hacer su propio negocio hiciera el de otro, no habría gestión.

Toda persona capaz de contratar, que se encarga sin mandato de la gestión de un negocio que directa ó indirectamente se refiere al patrimonio de otro, sea que el dueño del negocio tenga conocimiento de la gestión, sea que la ignore, se somete á todas las obligaciones que la aceptación de un mandato importa (impone) al mandatario (art. 2288), de donde resulta, que los actos ejecutados por el

(**Art. 2288.**) La gestión de negocios tiene muchas relaciones obligatorias que presentan grandes analogías con las del comodato. Como puede encargarse válidamente á un incapaz la ejecución de un mandato, así, si éste hubiera ejecutado actos que se refieren al patrimonio de otro, puede deducir, por medio de sus representantes, las acciones que corresponden al *negotiorum gestor*. No es, pues, una condición esencial la capacidad del que ejecuta el acto; pero el negocio debe ser necesariamente de otro, pues si fuera propio no habría gestión; no la habrá tampoco si administrando sus propios asuntos, resultare beneficio para un tercero, art. 2302.

En la gestión de negocios debe necesariamente administrarse el asunto ajeno; no basta obrar por otro; porque en el primer caso el negocio existe, mientras en el segundo, e crea y no hay gestión propia-



mandatario, excediendo los límites de su mandato, deben ser regidos por la gestión de negocios, cuando no son ratificados por el mandatario.

No varía la naturaleza de la gestión, el error de la persona á quien pertenecía el negocio, de modo que si el gestor lo hubiere

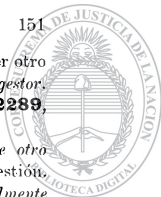
mente dicha; así, cuando mantengo un caballo que has dejado olvidado, hay gestión de negocios; pero cuando edifico una casa en tu terreno, no hay negocio: sólo he obrado en tu nombre; no hay verdadera gestión, y puedo hacerla deshacer á tu costa, ó pagarte los materiales y la mano de obra si quiero aprovecharme de ella. Si un menor púber ó una mujer casada sin autorización marital intervienen en el negocio de otro y lo perjudican, sólo puede demandarlos por la acción de *in rem verso*, por lo que se hubieran enriquecido, ó por la acción del art. 1109; pero no están sometidos á las obligaciones del *negotiorum gestor*, desde que por su propia voluntad no son capaces de obligarse.

Hay gestión cuando se administra el negocio de otro con intención de obligarlo; así, cuando ha excedido los límites del poder, ó si éste es nulo, ó se ha anulado, habrá gestión de negocios por la parte de exceso.

Es necesario que el gestor obre sin conocimiento de aquel cuyo negocio se administra, y no deben mediar actos ó inacciones que importen un mandato tácito, art. 1874; porque entonces no habría gestión. Por eso dice Maynz, § 359: «es necesario que el gerente haya obrado sin orden y aun sin saberlo el dueño del negocio, porque el consentimiento expreso ó tácito daría á la operación el carácter de mandato».

Si se obre contra la voluntad del dueño del negocio no habrá gestión. Las obligaciones del gestor son las del mandatario, con las modificaciones de los artículos siguientes. — AUBRY y RAU, § 401, dicen con más propiedad: «toda persona capaz, que sin mandato *expreso ni tácito*, emprende voluntariamente, etc.» — Comp. LAROMBIERE, V, al art. 1372, n° 3, y DELVINCOURT, I, pág 162.—Véanse arts. 1870, 1874, 1876, 1904, 2291 y 2303.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2288.—LL. 26 y 27, Tit. 12, Part. 5ª.—Inst., § 1, Tit. 28. Lib. 3.—LL. 1, y siguientes. Tit. 5, Lib. 3, Dig.—Cód. Francés. arts. 1372 y 1373.—Napolitano, 132; y 1327.—Holandés, 1300 y 1301.—de Austria. 1030.—Maynz, § 356.—Zachariae, § 622.—Aubry y Rau, § 440.—Es preciso que el negocio preexista á la gestión. Si yo hago trabajos en una cosa ajena que necesita reparaciones, hay gestión de negocios; pero si construyo una casa en terreno de otro, hay creación, pero no gestión de negocios. Esta creación no da por sí nacimiento al cuasi-contrato de que tratamos.—Dela-



hecho creyendo que pertenecía á tal persona y resultare ser otro el interesado, tendría contra éste la acción del *negotiorum gestor*.

Para que haya gestión de negocios es necesario (art. 2289, 1ª parte) que se llenen las condiciones siguientes:

1º *Que el gerente se proponga hacer un negocio de otro (art. 2289, 2ª parte);* porque si hace el propio no habrá gestión.

2º *Que el gerente se proponga obligarlo eventualmente (art. 2289, 3ª parte);* porque si hizo el negocio sin esa intención, no existirá gestión.

3º *El error sobre la persona no desnaturaliza el acto (art. 2289, 4ª parte);* porque siempre se ha querido obligar á otro.

De las condiciones expuestas resultará que, *no habrá gestión de negocios (art. 2289, 5ª parte)* en los casos siguientes:

1º *Si creyendo el gestor hacer un negocio suyo, hiciere los negocios de otro (art. 2289, 6ª parte),* porque falta la intención de obligar á otra persona.

2º *Cuando en la gestión (el gestor) ha tenido sólo la intención de practicar un acto de liberalidad (art. 2289, últ. parte);* porque falta evidentemente la intención de obligar á otro.

(**Art. 2289.**) Para que el cuasi-contrato exista es necesario la voluntad de obligar á otro y que éste ignore la gestión, ó que conociéndola no haya podido impedirla manifestando una voluntad contraria; porque, como dice Pothier, si él la ha visto y consentido, se entiende que ha dado un mandato tácito. Algunos autores opinan que el cuasi-contrato nace sólo del hecho, sin necesidad de la voluntad, doctrina que rechaza nuestro Código. Por eso cuando uno creyendo hacer su propio negocio, hace el de otro no hay gestión según la sutileza del derecho; pero como nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro, nuestro Código, siguiendo á Pothier, sólo concede acción hasta la concurrencia de aquello en que se hubiera enriquecido, art. 2302, no siendo exacto como algunos creen, que eso importe una gestión de negocios. El que ha hecho gastos en una casa

marre y Lepoitvin, tomo 1, n.º 125. — Zachariae, § citado, nota 3. El acto puede establecer relaciones obligatorias entre el gerente y diferentes personas. Así, cuando yo hago el negocio que un mandatario se había obligado á hacer por un tercero, hay gestión de negocios no sólo entre yo y el mandatario, sino entre el tercero, el mandatario y yo, porque el mandante y mandatario tienen el uno y el otro interés en mi gestión.



§ 632. — OBLIGACIONES DEL GESTOR

El que voluntariamente se ha encargado del negocio de otro, contrae las obligaciones siguientes:

1º Una vez comenzada la gestión, es obligación del gerente continuarla y acabar el negocio, y sus dependencias, hasta que el dueño ó el interesado se hallen en estado de proveer por sí, ó bien hasta que puedan proveer sus herederos, si muriese durante la agencia (art. 2290), y si no lo hiciera, responderá por los malos resultados que tales omisiones causaren al negocio.

que creía suya, no tiene la acción *negotiorum gestor*; pero puede cobrar el mayor valor que la cosa hubiere obtenido, art. 2441. Cuando el tercero ha obrado contra mi expresa voluntad, como si le prohibo afianzarme y lo hace contra la prohibición y paga por mí, no hay gestión de negocios, ni le corresponderá la acción del gestor, sino la de *in rem verso* para repetir aquello en que el pago me ha aprovechado. Si por el contrario me hubiere perjudicado, tendré derecho por los perjuicios. No basta que el negocio se haga contra la prohibición del dueño para que se suponga una liberalidad, como algunos creen, es necesario que lo haga sin voluntad formal ó implícita de repetir los gastos de la gestión, como si se obra con el deseo de hacer gratuitamente un beneficio, pues la donación no se presume. — Comp. POTHIER, *De cuasi-contratos*, n.ºs 185 y sig., MAYNZ, § 356. — Véanse arts. 795, 2184, 2185, 2302 y 2441.

(Art. 2290.) El art. 2288, dice, al fin: «el gestor de negocios se somete á todas las obligaciones que la aceptación de un mandato imponga al mandatario»; lo que ha inducido á considerarlo como á mandatario y lo es en ciertos casos, aunque haya diferencias que pueden condensarse en las siguientes: 1º, el mandatario sólo ejecuta aquello que se le ha confiado, debiendo los daños y perjuicios cuando no lo ejecutó del modo que le fué ordenado; mientras el gestor sólo responde del negocio tomado á su cargo; 2º, el mandatario obliga á su mandante á quien representa,

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2289. — Maynz, § 356.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2289. — Para que se declare que existió gestión de negocios es necesario probar que el gestor hizo el negocio á nombre de otro, sin intención de apropiarse sus resultados. — Jur. Civ., III. 16. Sér. 1ª.



2º *El gestor de negocios responde de toda culpa en el ejercicio de la gestión, aunque aplicase su diligencia habitual. Pero sólo estará obligado á poner en la gestión del negocio el cuidado que en las cosas propias cuando se encargase del negocio en un caso ar-*

desinteresándose completamente cuando ha obrado dentro del mandato, no así el gestor; 3º, el mandatario cesa por la muerte del mandante; el gestor, por el contrario, debe seguir el asunto hasta que los herederos del administrado puedan proveer; 4º, el mandatario no responde del sustituto sino cuando es notoria la incapacidad de éste, si se le facultó para substituir, art. 1924, el gestor responde en todos los casos, art. 2292.

El gestor ha querido generalmente hacer bien á un amigo, evitándole los perjuicios que por abandono podían causarle, y sería por demás odioso que el beneficio se convirtiera en perjuicio del benefactor. Imponer al gestor en este caso mayores obligaciones que al mandatario, sería castigar los actos de comedimiento y de generosidad, aunque estaría justificado cuando no se conociera á la persona.

Si el mandante está garantido por las obligaciones que la ley impone al mandatario á quien confían la gerencia de un negocio ¿por qué no lo estaría cuando otro queriéndole hacer un beneficio se encarga sin mandato del mismo negocio abandonado? Todo esto es cierto tratándose de casos en que el gestor ha querido hacer un beneficio por amistad: pues debe tenerse presente que en esos casos sólo debe tener el cuidado que pone en sus cosas propias, art. 2291; pero no lo es cuando se ha entrometido en una gestión, sin tener motivo para ello, en que debo exigirle más de su diligencia habitual, y una competencia que esté en relación con el negocio tomado entre manos. La equidad nos obligaría á hacer la distinción siguiente: cuando es un servicio de amigo, se debe considerar al gestor como á un mandatario; en otro caso, responderá de su competencia y pondrá mayor diligencia que la habitual, pues no ha sido elegido por el dueño del negocio, ni ha tenido un motivo justificado para mezclarse en los asuntos ajenos.

Freitas, art. 3430, n° 1, dice: «hasta que lo termine ó el dueño providencie, ó falleciendo el dueño, hasta que el heredero ó sus herederos providencien ó *quien legalmente administra la herencia*», y así debe considerarse por nuestro derecho. Si el dueño del negocio ratificase lo hecho, el gestor se convertirá en mandatario; pero si lo conociera sólo después, y no prohibiese su continuación, no por eso se considerará como un mandato tácito, pues la gestión no pierde su naturaleza primitiva.

El gestor puede obligar al dueño ó interesado á que se haga cargo



gente, ó para librar al dueño de algún perjuicio si nadie se encargara de sus intereses, ó cuando lo hiciera por amistad ó afección á él (art. 2291), y esta regla se explica perfectamente; pues el que toma el negocio ajeno sin que nadie se lo encargue, no ofrece su propia diligencia que puede ser poca ó mucha, sino que debe

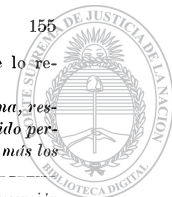
del negocio rindiéndole cuentas, pues eso importan las palabras, hasta que el dueño ó interesado se hallen en estado de proveer.

El gestor responde por lo que no hizo si resultare que á consecuencia de su ingerencia en el asunto, ha impedido que otro se hiciera cargo de administrarlo.

Las *dependencias* de que habla el artículo, comprenden las consecuencias inmediatas y próximas, el complemento necesario de la operación cuya determinación queda librada á la prudencia de los magistrados, según las circunstancias del caso. El dueño ó sus herederos que fueren prevenidos en tiempo útil, están obligados á encargarse de la gestión, cualquiera que sea su capacidad. — Cód. FRANCÉS, arts. 1372 y 1373. GOYENA, art. 1892. Cód. DE CHILE, art. 2289. FREITAS, art. 3430, n° 1. LAROMBIÈRE, á dichos artículos. — Véanse arts. 910, 1917, 1969, 1979 y 2296.

(Art. 2291.) Al tipo ideal de la antigua legislación que exigía el cuidado de un *buen padre de familia*, nuestro Código ha substituído un criterio más razonable; el cuidado que uno mismo usaría en sus cosas propias, creyendo que no habría justicia en exigir á una persona mayor diligencia que la que ordinariamente acostumbra á poner en sus asuntos, pero limitando ese criterio (que pudiera llegar á un extremo descuido) con la regla del art. 512, que para no incurrir en culpa, no debe omitir las diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y que correspondiesen á las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Y aquí debemos hacer la distinción del artículo anterior, cuando es un extraño quien se mezcla en asuntos de personas que no conoce, debe exigírsele mayor responsabilidad, porque nadie lo ha elegido, ni puede suponer que lo habrían encargado del asunto; al administrarlo debe demostrar competencia y poner mayor diligencia que en sus propios asuntos: por el contrario, cuando es un amigo ó un pariente el dueño del asunto y el gerente se encarga de él por afección, sólo debe tener las obligaciones del mandatario. Se puede sentar como regla general, que el gestor de nego-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2290. — Cód. Francés, arts. 1372 y 1373. — Napolitano, 1326 y 1327. — Holandés, 1300 y 1301. — de Austria, 1039.



llevar el negocio con la habilidad y diligencia que éste lo requiera.

3° *Si el gestor hubiese puesto en la gestión otra persona, responderá por las faltas del sustituto, aunque hubiese escogido persona de su confianza (art. 2292)* y cuando fuesen dos ó más los

cios tiene mayores responsabilidades que el mandatario, con excepción de estos casos: 1°, cuando se encarga del negocio en un caso urgente; 2°, cuando lo hace para librarlo de algún perjuicio, si nadie se encargase; 3°, cuando lo hiciere por amistad ó afección. En el primer caso se refiere á peligros eminentes, no á negocios ventajosos como algunos creen; el gestor debe entonces obrar en sentido de evitar el peligro, como si la casa se fuera á caer y la autoridad la mandase demoler, y él tomara dinero prestado para impedir la demolición. El segundo se refiere á peligros más lejanos, y comprende con más razón los inminentes, como en el caso de la ley 3. § 9, tit. 5, lib. 3, Dig., en que Ulpiano dice: «si por amistad hacia mí, te mezclas en mis asuntos para oponeros á la venta que se debe hacer de mis bienes, es muy justo que no seas obligado sino en razón de tu mala fe». En el tercero se tiene en vista el móvil generoso que guía la acción, y se supone que el dueño de la cosa lo habría autorizado para obrar de esa manera. El Cód. Chileno, art. 2288, condensa la verdadera doctrina al decir: «su responsabilidad podrá ser mayor ó menor en razón de las circunstancias que le hayan determinado á la gestión», y así debemos considerarlo.—FREITAS, art. 3430, n° 3.—Comp. Cód. FRANCÉS, art. 1374. GOYENA, art. 1893. LAROMBIÈRE, al art. 1374, y MAYNZ, § 359, letra A.—Véanse arts. 512, 909, 1904, 1905, 1908, 2202, 2288, 2294 y 2295.

(**Art. 2292.**) Como el gestor sólo por excepción se considera como mandatario, no debe ser de mejor condición que éste, art. 1924; pero aun en los casos en que es un verdadero mandatario, como en los tres del artículo anterior, no debe concedérsele la facultad de substituir que no se dió á aquel.—FREITAS, art. 3430, n° 2.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2291.—Maynz, § 356, letra A.—Zacharie, § 622, nota 8.—Instit., § 1, Tit. 28, Lib. 3.—L. 3, § 9, Tit. 5, Lib. 3, Dig.—Véase L. 30, Tit. 12, Part. 5°.—Cód. Francés, art. 1374.—Napolitano, 1328.—Holandés, 1392.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2291.—El gestor de negocios solo está obligado á rendir cuenta de la administración hasta el día en que haya enajenado los bienes, y posteriormente, de los intereses del precio.—Jur. Civ., V, 112, Sér. 1°.



gestores, la responsabilidad de ellos no es solidaria (art. 2293); porque cada uno ha administrado el negocio independientemente de los otros y sólo debe responder en la medida de su gerencia.

4º El gestor responde aun del caso fortuito, si ha hecho operaciones arriesgadas, que el dueño del negocio no tenía costumbre de hacer, ó si hubiese obrado más en interés propio que en interés del dueño del negocio; ó si no tenía las aptitudes necesarias para el negocio; ó si por su intervención privó que se encargara del negocio otra persona más apta (art. 2294); pero si por el contrario, no

(**Art. 2293.**) La solidaridad no se presume, y no habría sido justo imponerla en este caso, porque cada uno responde de sus propios actos, y como aquí se trata de los lícitos, ejecutados en beneficio de un tercero, no hay razón para imponerles mayor responsabilidad de la contraída por cada uno; Modestino, en la l. 26, tit. 5, lib. 3, Dig., respondió esto mismo; ¿pero es necesario que la gestión se haya dividido y que los gestores puedan probar esa división? No lo creo, bastará que hayan obrado los dos de cualquier modo, para que cada uno responda por su parte, al dueño del asunto, salvo el derecho del uno para repetir contra el otro, con arreglo á la convención hecha. Así, cuando por escritura pública se hubieran determinado la parte de gestión de cada uno, tomando el uno las tres cuartas partes del negocio y el otro la cuarta, serán responsables ambos por la mitad, salvo el derecho entre ellos.—FREITAS, art. 3430, nº 5. MAYNZ, § 359, letra A.—Véanse arts. 1870, nº 5, 1920, 1941, 1945, 2288 y 2299.

(**Art. 2294.**) Por regla general, nadie responde del caso fortuito ó de la fuerza mayor, á menos de haberla estipulado ú ocurrido por su culpa. El presente artículo viene á crear nuevas presunciones de derecho; y el gestor de negocios será responsable, en los casos siguientes:

1º Si hizo operaciones arriesgadas que el dueño del negocio no tenía costumbre de hacer, como si encargándose de la administración de un almacén abandonado, hiciera otras operaciones que las habituales, ó si cuidando caballos de carrera los hiciera tirar al pecho. Pomponio, dice, en la ley 11, tit. 5, lib. 3, Dig.: «la pérdida que resulte aun por caso fortuito, le corresponde al gestor y la ganancia al ausente»; pero admite que si por un lado hubo ganancias y por el otro pérdidas, el ausente esté

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2293.—Maynz, § 356, letra A, y § 304, nota 11.



ha hecho sino seguir los mismos negocios, continuándolos no tendrá responsabilidad por el mal resultado; así, *el gestor no responde del caso fortuito, si probase que el perjuicio habría igualmente tenido lugar, aunque no hubiese tomado el negocio á su cargo, ó cuando el dueño del negocio se aprovechase de su gestión (art. 2295).*

5° *El gestor de negocios ajenos queda personalmente obligado*

obligado á compensarlas y así debemos entenderlo; pero será una cuestión de hecho la de averiguar si el gestor se ha mantenido dentro de los límites habituales ó según el modo de obrar del ausente.

2° Si hubiera obrado más en su propio interés que en el del ausente. Freitas, art. 3430, n° 4, comprende el caso, cuando el negocio sea común al ausente y al gestor y se haga en propio interés de éste, porque obrando como dueño único debe ser á su riesgo el caso fortuito y la fuerza mayor. Cuando no hay verdadera gestión de negocios, art. 2289, sólo se concede al gestor una acción de *in rem verso* por el provecho obtenido por el ausente.

3° Si no tenía aptitudes para el negocio; pues el que voluntariamente se encarga de un asunto que nadie le ha confiado, garante por decirlo así, su habilidad y competencia. Será fácil determinar la competencia del gestor, cuando se tratare de asuntos técnicos, en que bastará tener el título científico para justificarla. El criterio para juzgar de la capacidad y aptitud del gestor se debe formar teniendo en vista el negocio mismo; pero la dificultad se aumentará tratándose de la 4ª hipótesis en que responde del caso fortuito, cuando por «la intervención del gestor se privó que se encargara del negocio otra persona *más apta*», porque entonces hay que controlar la aptitud de ambas. Será una cuestión de hecho. —Comp. MAYNZ, § 359, texto á la nota 17 y 18. FREITAS, arts. 3430, n° 4, y 3431, n° 1, 2 y 3. — Véanse arts. 513, 1907, 1908, 2269 2291, y 2435.

(Art. 2295.) Para comprender el artículo, en su verdadero sentido, es necesario agregar á las palabras: «no responde del caso fortuito», las de: *en los casos del artículo anterior*, porque indudablemente se refiere á ellos, sin embargo, debemos exceptuar las operaciones arriesgadas que el ausente no tenía costumbre de hacer, porque no se le admitiría á demostrar que el perjuicio habría tenido lugar, aun cuando el negocio lo hubiera tomado el dueño.



por los contratos que con motivo de la gestión, hizo con terceros, aunque los hiciese á nombre del dueño del negocio, si éste no hubiese ratificado la gestión. Los terceros, mientras el dueño del negocio no ratifica la gestión, sólo tendrán derecho contra el gestor, y sólo podrán demandar al dueño del negocio por las acciones que contra éste correspondían al gestor (art. 2305), haciéndose substi-

Si obró en su propio interés, aunque su acción importara un engaño, puede acogerse al beneficio que se concede al deudor moroso y que puede alegar el ladrón, para no ser obligado á devolver la cosa robada que hubiera perecido aun en poder del dueño. El artículo se refiere á los casos fortuitos que pesaran sobre todos los individuos en un momento ó lugar dado, como en los casos de inundación, peste, terremoto, etc., y comprende también los particulares que hubieran sobrevenido al dueño del negocio. Será cuestión de hechos.

Cuando el gestor responde del caso fortuito, es porque se le considera dueño del negocio, y puede suceder que el ausente aprovechase de la gestión, entonces no se libtará del caso fortuito, como parece darlo á entender la redacción del artículo; pero tendrá derecho para compensar la pérdida con las ganancias anteriores, á cuyo efecto se hará la liquidación de todo el negocio ó negocios, considerando la gestión en su conjunto como lo establece la ley romana citada. La liquidación comprenderá todos los gastos hechos en la negociación, compensándose las ganancias con las pérdidas, pues no sería justo que aprovechase de la habilidad con que se condujo en una parte del negocio y rechazar aquella en que fué inhábil, cuando ha habido pérdidas y ganancias. Freitas, art. 3432, de donde fué tomado el nuestro, dice: «que la disposición de este artículo se aplica á los casos en que el mandatario hiciera el negocio contra la prohibición del mandante, ó no obstante la revocación, ó cuando continuare el negocio contra la prohibición del dueño», y así debemos considerarlo por nuestro derecho, porque la voluntad del dueño en nada puede influir ni alterar las consecuencias del caso fortuito, si se probase que hubiera ocurrido, aunque no hubiese tomado á su cargo el negocio.— Véanse arts. 892, 1725, 2291 y 2301.

(Art. 2305.) El gestor puede proceder en nombre propio, ó en el del dueño del negocio; en el primer caso los terceros contratantes no han podido ser privados por la ratificación posterior del dueño, de los derechos

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2295.—Respecto á la primera parte, véase el art. 989. En cuanto á la segunda, Regla 29, Tit. 34, Part. 7ª.



tuir previamente en sus derechos por medio de la justicia, ó por la cesión de los derechos que le correspondan.

§ 633.—DERECHOS DEL GESTOR

El que se ha encargado voluntariamente del negocio de otro puede repetir del dueño del negocio todos los gastos que la gestión le hubiese ocasionado, con los intereses desde el día que los hizo; y el dueño del negocio está obligado además á librarle ó indemnizarle

adquiridos contra el gerente, aunque puedan dirigirse directamente contra el dueño, sólo han adquirido un nuevo obligado sin libertar al primero; pero en el segundo es necesario hacer una distinción. La ley al reconocer al gestor el derecho de administrar útilmente el negocio de un ausente, ha debido ser consecuente dándole los medios para realizar la gestión, por esto, haciendo una excepción al principio general, de que nadie puede contratar á nombre de otro sin su autorización, art. 1161, lo faculta para hacerlo, y lo pone en relación directa con los terceros que no adquieren derechos contra el dueño sino después de la ratificación; pero que los tienen contra el gerente en la medida de su administración; de modo que la regla recobra su imperio si el gerente ejecutare actos fuera de esa administración á nombre del ausente. Es necesario no confundir el caso del art. 2297, cuando el gestor administra útilmente el negocio y es considerado como mandatario con relación al dueño, con el presente que rige las relaciones para con los terceros. En cualquier caso que el dueño del negocio ratificase lo hecho en su nombre, dará derecho á los terceros para ir directamente en su contra, libertando por completo al gestor; pero si éste obró en nombre propio, no podrá obligarlos á que ocurran contra el dueño del negocio aun después de ratificado; es cierto que pueden ir contra él, si quieren, reservándose sus acciones contra el gestor. Cuando el dueño no ratifica lo hecho, los terceros en caso de concurso podrán ejercer las acciones que correspondían al gestor, haciéndose autorizar judicialmente. Creer como lo hacen algunos que porque la ley acuerde á los terceros la facultad de ir contra el dueño del negocio, ejerciendo los derechos del gestor, están dispensados de hacerse ceder los derechos, es olvidar que sólo sucede semejante cosa, cuando la ley los subroga expresamente. Los derechos de otros no se pueden ejercitar sino por subrogación ó por cesión voluntaria ó judicialmente hecha. Freitas, art. 3444, agrega: «salvo las defensas de que fueren susceptibles» y así debe entenderse, porque los terceros representan al gestor y



de las obligaciones personales que hubiese contraído (art. 2298); porque no debe enriquecerse á costa de otro; pero el que hace el negocio de una persona contra su expresa prohibición, no puede cobrarle lo que hubiese gastado, á no ser que tuviese un interés le-

no pueden privar al dueño del negocio que deduzca las excepciones que tuviese.—Véanse arts. 1161, 1195, 1930 á 1933.

Las obligaciones contraídas por el gestor con los terceros, en caso de no ratificación, tendrán que cumplirlas.

(**Art. 2298.**) Para que haya gestión, debe administrarse el negocio ajeno, y para tener derecho á los gastos es preciso que la gestión haya sido útil al ausente, y debe comenzarse por demostrar esa utilidad, si el dueño del negocio la negare; entonces, por razones de equidad y de orden público, la ley garante al gestor que no recibirá perjuicio alguno, reconociéndole hasta los intereses de las sumas gastadas. Cuando el dueño ha tomado el negocio, ratificando lo hecho, debe cumplir las obligaciones contraídas por el gestor en su nombre, y con ocasión del negocio, dejándolo completamente libre, como si fuera un mandatario; pero si el gerente las hubiera contraído en su propio nombre, el dueño debe pagarlas y darle los recibos, ó si los acreedores sólo quisieran entenderse con el gestor, darle el dinero para satisfacerlas. El gestor sólo puede ejecutar los actos de mera administración, y con relación á ellos, la ley le garante la indemnización de lo gastado.

Los terceros que hubieren contratado con el gestor, no tienen acción directa contra el dueño del negocio, pero pueden hacerse ceder sus derechos ó ser autorizados judicialmente; el dueño, en su caso, podrá oponerles las excepciones que hubiera podido oponer al gestor. Si el dueño ratificó lo hecho, el gestor se considerará como mandatario desde un principio, pero sólo en sus relaciones con el mandante, no así con los terceros, porque si aprobó los hechos y reconoció los gastos en una negociación que no ha sido útilmente conducida, y quiebra en seguida, no será considerada válida la obligación, si resulta que lo hizo cuando había cesado efectivamente en sus pagos ó estaba en quiebra.

El artículo habla de *gastos* hechos en la gestión, á diferencia del art. 1375, del Cól. Francés, que se refiere á los *gastos útiles y necesarios*. Creo que las *impensas* necesarias deben ser reembolsadas por completo, aunque no existan, porque se ligan íntimamente á la conservación de la cosa, á menos que hubiera exceso. Los gastos útiles sólo se deben



gítimo en hacerlo (art. 2303), viniendo así á la verdadera doctrina, de que no debe permitirse á los extraños el intervenir en los negocios ajenos contra la voluntad del dueño; pero cuando se tratare de mejoras, construcciones ó cosas semejantes, de que se quisiera aprovechar, el dueño debe indemnizarle por lo que va-

pagar en atención al mayor valor dado á la cosa, porque eso es lo único con que aprovecha el dueño del negocio. Deben comprenderse en los gastos de la gestión, los necesarios para la conservación de la cosa, ejecución de las obligaciones contraídas con ese objeto, las cosas y valores gastados en utilidad del dueño, sólo cuando hubieran aumentado el valor y en ese aumento; pero si este fuera mayor, sólo se deberá lo gastado. Si la gestión fué perjudicial, el gestor pagará los perjuicios.

El artículo ha decidido la gran cuestión suscitada en derecho francés, sobre si se deben los intereses de lo gastado, y desde cuando debían pagarse.—Comp. Cód. FRANCÉS, art. 1375. AUBRY y RAU, § 441, texto á la nota 12. DURANTON, XIII, n° 674. TROPLONG, *Mandato*, n° 680, l. 10, tít. 5, lib. 3, Dig. GÓYENA, art. 1894. Cód. DE CHILE, art. 2290 y 2294.— Véanse arts. 1539, n° 3, 1731, 1949, 1950, 2224 y 2297.

(**Art. 2303.**) Al estudiar el pago, art. 728, dijimos, que el Código concedía la acción de *in rem verso* al que lo había hecho contra la voluntad del deudor, porque no podía recibir daño alguno, desde que se trataba de la extinción de una obligación; pero el presente comprende un caso general, en que un tercero mezclándose en los negocios de otro quiere administrarlos aun contra la voluntad del dueño. Hay un verdadero peligro en autorizar á los extraños para intervenir en los asuntos de una persona contra su voluntad, reconociéndole derechos para recla-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2298.—LL. 26 y 28, Tít. 12. Part. 5ª.—Cód. Francés, art. 1375.—Napolitano, 1321.—Holandés. 1393.—L. 10. Tít. 5, Lib. 3, Dig.—L. 18, Cód. Romano. *De negotiis gestis*. Sobre si los intereses deben correr desde el día de la demanda, ó desde que los gastos fuesen hechos, ha habido una cuestión muy debatida entre los juriconsultos. Nosotros aceptamos la opinión de Aubry y Rau, § 441, nota 11, de Duranton: tomo 13. n° 674. y de Troplong, *Du Mandat*, n° 680.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2298.—Las empresas de tranvays en sus relaciones con la Municipalidad se rigen por la jurisdicción civil, y están obligadas á abonar las composturas que ésta les haya ordenado, y que por su falta se hayan llevado á efecto por las cuadrillas municipales.—Jur. Civ., IV, 477, Sér. 1ª.

Los honorarios devengados en una testamentaría, pidiendo diligencias de interés común, deben ser abonados de la masa.—Jur. Civ., I, 290, Sér. 1ª.

lieren, teniendo empero derecho para exigir que se destruyan á costa del agente.

Toda persona, aunque sea incapaz de contratar, cuyos negocios hayan sido atendidos ó administrados por un tercero á quien ella no hubiese dado mandato al efecto, queda sometida á las obliga-

mar aquello en que se hubiera enriquecido el dueño del asunto. No creo que nuestro Código autorice semejante doctrina, sostenida por Pothier y muchos jurisconsultos franceses. La dificultad que existía entre los romanos no la ha decidido el Cód. Francés y viene hasta nosotros sin una decisión clara y formal. En efecto, Papiniano y Cayo acordaban al gestor una acción útil, y Paulo y Juliano negaban toda acción; Justiniano se decidió por esta última. Entre los franceses: Pothier, Larombière, Marcadé y Colmet de Santerre, sostienen que debe concedérsele la acción de *in rem verso*, mientras Aubry y Rau, Toullier, Favard y Duranton, niegan toda acción. Entre nosotros el Dr. Llerena apoya la opinión de Pothier y los que lo siguen. Habría un verdadero peligro en dar esa extensión al art. 728 y me decido por la opinión contraria. En primer lugar, según la redacción de nuestro artículo, se niega toda acción al gestor, y sólo se exceptúa el caso en que tuviere un interés legítimo; además nuestro artículo es más claro y terminante que el 1375, del Cód. Francés; á esto se agrega que el Dr. Velez-Sarsfield, en su nota, se decide por la opinión de Aubry y Rau, y para que no ofrezca dudas agrega: «en contra, Pothier, n° 189 (182)». Del texto y de la nota resulta, pues, que cuando el gestor obra contra la prohibición del dueño no tiene acción alguna; pero debemos tener presente las palabras de l. 24, tít. 19, lib. 2, Cód. Romano: «ordenamos (dice) que el gestor no tenga acción alguna por los gastos *útiles* que haya hecho desde el día en que el dueño le notificó su oposición... respecto de los gastos hechos anteriores á la prohibición, si ellos fueron útilmente hechos, acordamos al gestor la acción ordinaria». Los gastos necesarios de conservación deben siempre pagarse. La justicia de la decisión del artículo, aunque excepcional, me parece bien fundada: el respeto al derecho ajeno, cuando el dueño prohíbe no intervenir en el asunto; prohibición cuya violación puede llegar muchas veces á ser un delito del derecho civil, y la necesidad de que cada uno se mantenga dentro de sus facultades, aun para hacer los beneficios que no pueden imponerse, cuando no los quiere recibir el beneficiado. Creo que es desnaturalizar la máxima, de que nadie debe enriquecerse con daño de otro, aplicándola al caso del artículo, porque media una prohibición formal de no intervenir, y el que la contraría, si



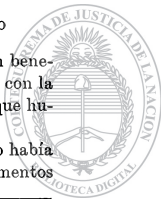


ciones que la ejecución del mandato impone al mandante, con tal que el negocio haya sido útilmente conducido, aunque por circunstancias imprevistas no se haya realizado la ventaja que debía resultar, ó que ella hubiese cesado (art. 2297), y no se distingue

bien no hace una liberalidad, se considera haber renunciado á toda acción. La excepción es que el *gestor* tenga un interés legítimo en intervenir contra la prohibición del dueño, como si fuera fiador de la obligación ó mediara el honor ó buen nombre de la familia, y *aún un interés de simple afección*, dicen Aubry y Rau, lo que no debemos admitir, porque la afección no es un interés legítimo en el verdadero sentido de la palabra, es sola la satisfacción de un sentimiento, que el dueño del negocio rechaza.—Véanse las notas 727 y 728.—Comp. AUBRY Y RAU, § 441, texto y nota 19. TOULIER, XI, n° 55. DURANTON, XII, n° 19.—Véanse arts. 1957, n° 1, 2029, 2288, 2301 y 2302.

(Art. 2297.) El principio general es que el contrato celebrado con un incapaz de hecho, es válido mientras no sea declarado nulo á petición del incapaz, su representante ó el ministerio de menores, si la incapacidad es absoluta. La persona capaz ha realizado un acto serio, del que no puede separarse, porque si es conveniente y provechoso al menor será confirmado por el tutor. Si se ha concluido el contrato, recibiendo la cosa y entregando el precio, como, por ejemplo, en la compra-venta, al declararse la nulidad, la persona capaz sólo tiene derecho á aquello con que la incapaz se hubiese enriquecido, cuando la cosa ó precio recibido ha desaparecido, de donde deducen algunos que la proposición del artículo es falsa, y que lo único razonable y jurídico es dar derecho al capaz para repetir lo que el incapaz utilizó en la gestión. Pero se confunde la posición del incapaz y del capaz en los contratos, con la que tienen en la gestión de negocios. En los contratos se trata de actos ejecutados por el incapaz de que no puede aprovechar el capaz, sino en cuanto le hayan sido útiles, y en la medida de la utilidad recibida: en la gestión de negocios se habla de actos ejecutados por el capaz destinados á evitar perjuicios al incapaz y de que éste debe responder, no en la medida de la utilidad recibida, pues no es el criterio para apreciarlos, pues bastará que el negocio haya sido útilmente conducido, aunque la ventaja no se hubiere realizado por circunstancias imprevistas para que se deba abonar lo gastado; así dice, Pothier (*Quasi-contratos*, n° 224), «las obligaciones que producen

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2303.—Aubry y Rau, § 441 y nota 16.—Duranton, tom. 12, n° 19.—En contra, Pothier, n° 189.



la persona capaz de la incapaz; pues una y otra reciben un beneficio y deben quedar obligados, aunque era más conforme con la justicia el hacerlos responsables por los beneficios reales que hubieren recibido.

Como el gestor ha tomado un negocio que nadie se lo había encargado, si se le reconociera derecho para cobrar emolumentos

los cuasi-contratos se forman sin el consentimiento de las personas que los contraen, y es indiferente que éstas sean capaces ó no de dar un consentimiento válido, desde que sin él contraen esas obligaciones. . . y por consiguiente, para que pueda válidamente contraer esta obligación, es indiferente que sea menor púber ó impúber. El derecho romano no debía pues, exceptuar del principio la gestión de negocios de los impúberes». Autores como Merlin, Aubry y Rau, Favard, Toullier, Larombière, Zachariæ, etc., apoyan la doctrina de nuestro artículo, que está en armonía con la del art. 2196, Cód. Francés, por consiguiente, el capaz ó incapaz á quien se le hubiere atendido ó administrado útilmente un negocio debe abonar los gastos, aunque por cualquier evento no los hubiera utilizado. Y me parece el principio tan justo y razonable, que se extraña que espíritus sagaces hayan pensado que sólo habría equidad en cobrar el provecho existente. En el ejemplo de Massé y Verger, sobre Zachariæ, § 622, nota 10, y que el Dr. Velez-Sarsfield traduce en la nota, se demuestra la injusticia que habría en no pagar los gastos, porque no se aprovecharon por una causa imprevista.

Los gastos, como los intereses de lo empleado, se cobrarán por lo que importaron, ó lo gastado en administrar útilmente el negocio, aunque no exista la utilidad. Para saber si el negocio fué administrado útilmente, se debe buscar el momento en que se hizo. Un asunto bien comenzado, puede por cualquier circunstancia imprevista no dar los resultados deseados, y no por eso dejará de haber sido bien dirigido. }

No se debe confundir la acción del gestor, con la de *in rem verso*; aquella se funda en la utilidad de la gestión, esta en el provecho obtenido por el dueño del negocio; aquella tiene por objeto pagarse de los gastos hechos; en ésta, que el dueño no se enriquezca con daño de otro; en aquella se da por el valor gastado; en ésta por lo que importa el provecho que el dueño ha recibido al fin del negocio, art. 2301 y 2302. Debe distinguirse el caso en que no hay realmente gestión de negocios, del que creyendo hacer su propio negocio hiciera el de un incapaz, art. 2302, en que sólo tiene derecho por la utilidad que resultare al fin, y puede reclamarla por la acción de *in rem verso*. La prueba de la utilidad corres-



por la gestión, sería estimular en cierto modo la intromisión de terceros extraños en los asuntos de personas á quienes ni se conocen; de ahí resulta que, *el dueño del negocio no está obligado á pagar retribución alguna por el servicio de la gestión, ni á responder de los perjuicios que le resultasen al gestor del ejercicio de la gestión (art. 2300)*; porque es á sus riesgos y peligros que la ha hecho.

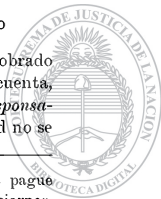
ponde al gestor.—Comp. POTHIER, l. c., n° 224. ZACHARIE, l. c. AUBRY y RAU, § 441, texto á las notas 10 y 11.

FREITAS, art. 3435, da una base para juzgar de la utilidad, diciendo: «que así lo juzgase el dueño si estuviera presente». La ley 10, § 1, tít. 5, lib. 3, Dig., da una explicación más clara cuando dice: «aquel que intenta la acción que nace de la gestión de negocios, es admitido, no sólo cuando el asunto que ha emprendido ha tenido feliz suceso, sino aun cuando administrado con cuidado, el asunto no haya salido bien. Así, si él ha reparado una casa, si ha curado un esclavo enfermo, no pierde su acción, aunque la casa se hubiera quemado ó el esclavo se hubiese muerto. . . pero la pierde si él ha reparado una casa abandonada por su dueño, porque no valía los gastos de reparación. . . pues no ha hecho un negocio útil al dueño». Poco importará la opinión ó buena fe del gestor, que creyó hacer una casa útil, si no lo fué para el dueño.—Véanse arts. 407, 2196, 2298, 2302 y 2306.

El presente artículo fué corregido, cambiando las palabras *incapaz* aún, por las de *aunque sea incapaz*.

(Art. 2300.) No se ha partido del principio de que el mandato se supone gratuito, como alguien pudiera creerlo. En nuestra época

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2297.—LL. 23 y 27, Tit. 12. Part. 5ª.—L. 2, Tit. 5, Lib. 3, Dig.—Cód. Francés, art. 1375.—«Es preciso no confundir, dice Zacharie, la utilidad de un negocio en su significado jurídico con el provecho que saque el dueño. Un negocio puede haber sido convenientemente conducido para el dueño desde el principio hasta el fin, y tener un buen resultado sin que el dueño se aproveche de él por alguna circunstancia independiente de la gestión y del gestor. Así un *negotiorum gestor*, por ejemplo, se ha propuesto hacer reconocer y liquidar un crédito, y terminada la liquidación, el deudor quiebra y el crédito es perdido; el acreedor, en tal caso, no saca ningún provecho de la gestión, y sin embargo, la gestión ha sido útilmente emprendida. Cuando la acción del gerente está fundada sobre la utilidad de la gestión, la acción que le corresponde es la del *negotiorum gestor*. Cuando está fundada sobre el provecho que el dueño obtiene del negocio, su acción es de *in rem verso*, § 622, n° 10.



Con relación á los gastos hechos por el gestor que ha obrado útilmente y que puede reclamar del dueño, se debe tener en cuenta, que *cundo el negocio ha sido de dos ó más dueños, la responsabilidad no es solidaria* (art. 2299); porque la solidaridad no se

de positivismo y de interés, lo ordinario y general es que se pague el trabajo que otro hace por nosotros con el objeto de beneficiarnos. Tal vez habría sido mejor estimular en ciertos casos á que los hombres se encarguen de los asuntos abandonados por sus dueños, á causa de su ausencia, asegurándoles que no perderán su trabajo. La gestión difiere del mandato, que se supone oneroso, cuando consiste en trabajos de la profesión del mandatario, ó de su modo de vivir, mientras la gerencia siempre es gratuita; pero si el dueño hubiera aprobado posteriormente lo hecho, regiría la disposición del art. 1871, porque viene á ser mandatario en sus relaciones con el mandante. Difiere igualmente del mandato, en que el gerente no es indemnizado de los perjuicios que la gestión le causare, mientras lo es el mandatario; pero si la gestión ha sido útil, habría conveniencia y equidad en habérselos reconocido, como si fuera tal, art. 1954.—Véase CÓD. CHILENO, art. 2290, y GOYENA, art. 1894.

Freitas, art. 3434, n^{os} 2 y 3, agrega á la expresión, de que no responderá de los perjuicios que le resultaren al gestor del ejercicio de la gestión, estas palabras: «á menos que fueren ocasionados por culpa del dueño», y así debe considerarse por nuestro derecho.—Véanse arts. 1627, 1628, 1871, 1953 y 2030.

(Art. 2299.) Como en la ejecución los gestores no eran solidarios, art. 2293, sucederá lo mismo respecto á los dueños de la cosa administrada. La solidaridad jamás se presume, viene de la ley, de la convención, ó de la sentencia, que no hace sino reconocerla. Pero si los dueños del negocio han ratificado lo ejecutado, el gestor viene á ser mandatario, y le será aplicable la disposición del art. 1945. Si uno solo lo ratificara, será solidario por el todo. La responsabilidad de los dueños será en razón de la porción que cada uno tenga en el negocio.—Véase FREITAS, art. 3434, n^o 4. DELAMARRE y LEPOITVIN, II, n^o 355, y TOULLIER, XI, n^o 48.—Véanse arts. 1920, 1941, 1945 y 2281.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2300.—Cód. de Chile, art. 2290.—Proyecto de Goyena, art. 1894.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2299.—Zachariæ, § 622.—Toullier, n^o 48.—Lo mismo está dispuesto sobre el mandato en el art. 1821.



presume y sólo es impuesta por la convención ó por la ley que la crea en mira de un interés superior.

Cuando no hubiere prohibición expresa del dueño del negocio, el derecho del gestor para cobrar los gastos hechos se regirá por las reglas siguientes:

1º *Si el negocio no fuese emprendido útilmente, ó si la utilidad era incierta al tiempo que el gestor lo emprendió, el dueño, cuando no ratificó la gestión, sólo responderá de los gastos y deudas hasta la concurrencia de las ventajas que obtuvo al fin del negocio (art. 2301);* porque sólo debe responder por la utilidad, de

(Art. 2301.) Para ejercer la acción *negotiorum gestor* es necesario encargarse del negocio de otro y administrarlo útilmente, es bajo estas condiciones que se concede, pero como no es equitativo que cuando no concurren ambas circunstancias, y no obstante se haya enriquecido el dueño del negocio, se quede con la utilidad obtenida, por eso se le concede la acción de *in rem verso*, por la utilidad, como lo expresa más claramente el artículo siguiente. De esta diferencia aparente, sobre el tiempo en que se debe juzgar del provecho obtenido, algunos han fluctuado sosteniendo en una parte, que la utilidad debe existir al tiempo de concluir el negocio, para afirmar más adelante, que el provecho debe existir en el momento de la demanda, y por fin que debe existir en el momento de recibir la cosa. Y, sin embargo, en el fondo quedan reducidas á dos proposiciones ciertas. En efecto, la acción de *in rem verso* la concedían las leyes romanas contra los incapaces que se han enriquecido por los hechos de otro, y como no se puede juzgar de ese enriquecimiento, sino en el momento de la demanda, porque si han disipado la utilidad, ésta dejó de existir y no habría fundamento posible, de ahí la necesidad de que exista el provecho en ese momento; pero cuando se trata de personas capaces debe remontarse al tiempo en que la utilidad se obtuvo, aunque después hubiera desaparecido, como sucede también con los incapaces cuando emplearon útilmente la ganancia, y ese tiempo es el de la conclusión del negocio, que será cuando el dueño se hizo cargo ó recibió la cosa. La acción de *in rem verso*, contra los incapaces, se da por el provecho obtenido en el momento de la demanda y contra los capaces por el que obtuvieron al recibir la cosa, ó á la conclusión del negocio, si cuando la tomaron no estaba terminado. En el presente artículo falta la condición de haber sido emprendido útilmente, y lleva la de ser ajeno en el siguiente: por el contrario, falta la de ser ajeno, y lleva la de ser emprendido útilmente; en ambos casos se da la acción de *in rem verso*. Nuestro artículo se refiere sólo á los gastos



modo que jamás los gastos hechos excedan de ella; pero cuando fueran mayores sólo responderá de éstos.

2° *Aunque el negocio hubiese sido útilmente emprendido, el dueño sólo responderá hasta la concurrencia de la utilidad al fin del negocio, si no ratificó la gestión, cuando el gestor creyó hacer un negocio propio* (**art. 2302**, 1ª parte); porque si bien su objeto no fué el de obligar al tercero, eso no le privará de repetir los gastos hechos, hasta las utilidades obtenidas, pues de otro modo se enriquecería á costa de otro.

3° *Cuando hizo un negocio que era común á él* (al gestor) *y á otro, teniendo sólo en mira su propio interés* (**art. 2302**, 2ª parte); porque el tercero ha recibido el beneficio y debe contribuir á los gastos en proporción al interés que tuviera en el negocio y de la utilidad que obtuviera.

4° *Si el dueño del negocio fuese menor ó incapaz, y su representante legal no ratificara la gestión* (**art. 2302**, 3ª parte), deberá igualmente abonar los gastos en la proporción del beneficio recibido, pues es una regla de equidad que nadie debe enriquecerse en daño de otro.

5° *Cuando hubiese emprendido la gestión del negocio por gratitud, como un servicio remuneratorio* (**art. 2302**, últ. parte);

y deudas hechos por el gestor, de modo que si la utilidad fuera mayor deberá únicamente lo gastado. Comprende igualmente, cuando la utilidad fuera incierta al emprender el negocio, porque si fuera cierta habría gestión de negocios. — FREITAS, art. 3436. — Véanse arts. 2294, 2295, 2297, 2302 á 2306.

(**Art. 2302.**) No hay gestión cuando la persona hace su propio negocio y no tiene la intención de obligar eventualmente á otro; porque entonces falta la base principal del cuasi-contrato. Los casos de nuestro artículo se reducen á dos: 1º, cuando el gestor hace su negocio buscando su propio interés, lo que puede suceder cuando la cosa le pertenece en su totalidad, ó si la tiene con otro y obra sin consideración al interés del co-propietario, ó cuando el negocio de que se creía dueño fuera de una persona capaz que no ratifique la gestión, ó de un menor cuyo representante tampoco la ratifique: 2º, que el negocio se haga por gratitud, en cuyo caso no hay intención de obligar á otro. En el primer caso, si el negocio es propio, no hay dificultad, ni menos cuando el negocio perte-



porque está justificado su proceder, y no sería justo ni equitativo que al pagar un servicio con otro, se perjudicara, cuando ha beneficiado al que lo recibió con los desembolsos hechos.

§ 634.—DE LA RATIFICACIÓN

Dijimos que la gestión de negocios, teniendo por objeto la administración de las cosas de otro, con el propósito de obligarlo, era una especie de mandato gratuito, en que la ley supone el consentimiento del dueño del negocio, en todo aquello que le fuera provechoso, siempre que no lo hubiera prohibido expresamente. De esta voluntad tácita, que hay derecho de presuponer, cuando se trata de beneficios recibidos, resulta que la ratificación ó aprobación de los actos ejecutados por el gestor, hecha por el dueño del negocio, le crea las mismas obligaciones que al mandante; por eso dice el **art 2304**, 1ª parte: *cualesquiera que sean las circuns-*

nece á otro si el gestor obra por propio interés. Cuando el negocio, que creía ser suyo, pertenece á otro, no hay gestión; pero existe la acción de *in rem verso*, y si pertenece á una persona mayor, responderá por la utilidad obtenida á la *conclusión del negocio*: si pertenece á un menor y éste lo hubiera tomado, se juzgará de las utilidades existentes *al tiempo de la demanda*, sin perjuicio de tenerse en cuenta las que hubiese empleado útilmente antes de ese tiempo. La hipótesis de este artículo es que el gestor obre útilmente creyendo hacer su propio negocio, y no se debe confundir con el art. 2297, donde sabiendo que el negocio era ajeno interviene útilmente con intención de obligar al dueño, que si resulta ser menor, no por eso deja de tener la misma obligación que cuando fuere mayor. Es así como se armonizan ambas disposiciones.—Comp. FREITAS, art. 3437.—Véanse arts. 2203, 2207, 2289, 2295, 2297.

(**Art. 2304.**) Este artículo regla las relaciones de derecho entre el gestor y el dueño del negocio, y es una confirmación del principio ense-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2302.—Pothier, n° 1º0 y 1º3.—En estos casos el gestor solo tiene la acción de *in rem verso*.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—*Aplicación del art. 2302.*—Véase el fallo al art. 22º8.—Jur. Civ., I, 299.

Cuando varios de los herederos concurren á un juicio testamentario gestionando un interés propio, los gastos de representación y defensa no deben



tancias en las cuales una persona hubiere emprendido los negocios de otra, la ratificación del dueño del negocio equivale á un mandato, y le somete para con el gestor á todas las obligaciones del mandante.

La ratificación tiene efecto retroactivo al día en que la gestión principió (art. 2304, 2ª parte); pero sólo para las relaciones entre el gestor y el dueño del negocio, y aun entre los terceros con quienes hubiera contratado, sin perjuicio de los derechos adquiridos anteriormente por los acreedores del dueño del negocio.

La ratificación que coloca al gestor en la posición de un mandatario, no puede perjudicar á los terceros.

§ 635. — DEL EMPLEO ÚTIL

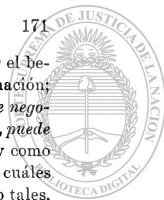
Quando una persona sin tener la intención de crear obligaciones respecto de otra, como si administrando sus propios asuntos, se viera en la necesidad de hacer gastos en beneficio de esa

ñado en el art. 1162, de que la ratificación equivale á un verdadero mandato, y demuestra claramente el error de doctrina enseñado en ese artículo, que las relaciones del que ha contratado por el tercero son las del gestor de negocios, cuando la ratificación lo convierte en verdadero mandatario, pues, si esta es posterior, importa un mandato, según la regla: *ratihabito mandato equiparantur*. El efecto retroactivo que se concede no puede ni debe perjudicar á los terceros que hubieren adquirido derechos antes de la ratificación; por eso Freitas, art. 3442, no convierte la gestión en un mandato, sino para los actos posteriores á la ratificación, aceptando la doctrina de Troplong (Mandato, nº 131), y llegando á la injusticia de prohibir al dueño del negocio para que haga su voluntad, cuando no perjudica á terceros. No se debe aceptar tal doctrina sino con relación á los terceros que no pueden ser perjudicados.—Comp. AUBRY y RAU, § 441, texto á la nota 20. LAROMBIÈRE, al art. 1375, nº 6.—Véanse arts. 407, 1062, 1162, 1935, 1936, 2297 y 2301.

gravar á la masa, cada heredero debe abonar los que haya causado.—Jur. Civ., VI, 524, Sér. 1ª.

Los gastos hechos por los herederos en interés común de la testamentaría deben ser pagados de la masa, aun cuando se convenga en que cada heredero debe pagar los que haya producido.—Jur. Civ., I, 10, Sér. 2ª.

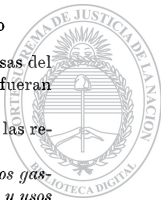
Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2304.—Aubry y Rau, § 441.



persona, enriqueciéndola, no sería justo negarle acción por el beneficio, desde que su intención no ha sido de hacer una donación; por eso dice el **art. 2306**: *cuando alguno sin ser gestor de negocios ni mandatario hiciese gastos en utilidad de otra persona, puede demandarlos á aquellos en cuya utilidad se convirtieron*, y como es necesario fijar una regla de criterio para determinar cuáles son los gastos que deben reputarse útiles, se tendrán como tales,

(**Art. 2306.**) El artículo acuerda en este caso la acción de *in rem verso*; pero el provecho debe existir y apreciarse según los medios ordinarios. Si el provecho lo recibió una persona capaz, bastará probar su existencia á la conclusión del negocio, para que el beneficiado esté obligado á abonarlo, aunque no exista al tiempo de la demanda; pero si el que lo recibió fuera incapaz, se debe averiguar el empleo que hizo de esa utilidad para poder pedírsela; pues, si la malgastó ó disipó, no tendrá obligación alguna; si la empleó en cosas útiles ó necesarias, como por ejemplo, en la conservación de sus bienes ó en sus alimentos, aunque no exista lo recibido al tiempo de la demanda, se considerarán como existentes; si las cosas han desaparecido por caso fortuito ó fuerza mayor, deberá el provecho; pero si desaparecieron por su culpa, nada deberá, desde que las ha disipado.

El pago hecho á un incapaz puede repetirse por la *condictio indebiti*, mientras el valor ó la cosa exista en poder de éste, sin que se considere una derogación al principio del art. 1164, porque no se trata de la formación de un contrato, sino de la extinción de una obligación. Es cierto que en general la obligación proviene de un contrato del que el pago es su consecuencia, aunque puede venir de la ley, del cuasi-contrato, del delito ó del cuasi-delito; pero el que paga no alega la nulidad del contrato, sólo pide la entrega de una cosa que el incapaz no ha podido recibir, pues no tiene causa para retener el provecho. No creo que el artículo pueda interpretarse, hasta impedir que el incapaz devuelva la cosa recibida, porque eso no importa atacar el contrato ni pretender anularlo; por el contrario, se le acepta esperando que el tutor ó representante del incapaz lo valide ó anule. De otro modo sería dejar en la mano del incapaz el derecho de perjudicar impunemente al capaz, sin darle á éste recurso alguno. Demolombe, XXVII, n° 199, sostiene con muy buenas razones esta doctrina. La acción de *in rem verso* se da por aquello en que el incapaz se hubiere enriquecido por los hechos del tercero, pero si por cualquier circunstancia ese enriquecimiento viniera á ser mayor que lo gastado, sólo deberá esto; esta acción es subsidiaria y se deduce cuando



además de los que hicieran adquirir mayor valor á las cosas del dueño, aquellos que verdaderamente lo beneficiasen, ó fueran provechosas á sus herederos.

Para juzgar de la utilidad de los gastos se atenderá á las reglas siguientes:

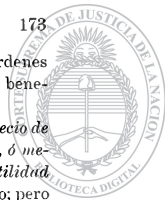
1° *Entran en la clase de gastos del artículo anterior, los gastos funerarios hechos con relación á la calidad de la persona y usos del lugar, no reputándose tales gastos en bien del alma después de sepultado el cadáver, ni el luto de la familia, ni ningunos otros, aunque el difunto los hubiese determinado (art. 2307);* porque

no hubiere otra que nazca de contrato, cuasi-contrato, delito ó cuasi-delito.

Quando se dice que la utilidad debe existir al tiempo de la demanda, no se expresa claramente el pensamiento; porque si la utilidad desapareció por haberse destruido la cosa, siempre se podrá demandar á la persona capaz, y si lo fué por caso fortuito aún al incapaz, como si la casa donde se hicieron las mejoras necesarias se hubiera incendiado, debería el valor empleado. El artículo se refiere á los arts. 2301 á 2303, y puede comprender aun á aquellos que tienen las cosas por una causa ilícita; pero debe aplicarse con mucha cautela, porque lo que para unos puede ser un beneficio no lo será para otros. Los arts. 728, 733, 909, 1717, 1720, 1957, n° 1, 2036, 2301, 2302, 2431, 2441, 3168, 3426 y 3543, son aplicaciones de esta acción. Freitas, desde el art. 3445, dedica un capítulo especial al empleo útil, que viene anexo al título de las obligaciones derivadas de actos lícitos que no son contratos.

(**Art. 2307.**) Se debe armonizar esta disposición con los arts. 1085 y 3480, n° 1; el primero se refiere á hechos especiales, como el *homicidio*, donde se puede cobrar los gastos de asistencia del muerto, considerándose en ese caso como un empleo útil; el segundo acuerda privilegio á los gastos necesarios que precedieron á la muerte ó entierro del *deudor*, á los gastos funerarios de los hijos que vivan con él. Estas disposiciones especiales se deben considerar como excepciones de la general que enseña el artículo y que regirá en todos los casos. Con relación á la estimación de los gastos funerarios se debe tener en cuenta los usos y costumbres que darán la medida de su extensión; en cuanto á la impor-

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2306. — Los que no son gestores tienen derecho para cobrar los gastos que debidamente justificados hayan favorecido al deudor ó sus herederos. — Jur. Civ., I, 459, Sér. 2ª.



queda á la voluntad de los herederos el ejecutar ó no las órdenes de su causante, cuando fueren de aquellos que se llaman en beneficio del alma.

2° *Júzgase útil todo empleo de dinero que aumentó el precio de cualquiera cosa de otro, ó de que le resultó una ventaja, ó mejora en sus bienes, aunque después llegase á cesar la utilidad (art. 2309), siempre que sea sin culpa del que hizo el gasto; pero la utilidad debe existir en el momento de cobrarlo.*

3° *Si los bienes mejorados por el empleo útil del dinero se ha-*

tancia se atenderá siempre á la calidad especial de la persona. Cuando algunos afirman que se deben considerar en la misma categoría que estos gastos, los de enfermedad, art. 1085, es porque confunden el caso especial del homicidio, con el general del empleo útil; así como se confunde el luto para la viuda é hijos del deudor que tienen privilegios en caso de concurso.—FREITAS, art. 3448, l. 45, tit. 7, lib. 11, y l. 17, tit. 5, lib. 42, Dig.

Se agregó el artículo *los* á la palabra gastos funerarios.

(Art. 2309.) Este es un principio general, que tiene sus excepciones; por ejemplo, cuando se hubiera hecho contra la prohibición expresa del dueño, fuera de los casos de pago, arts. 728 y 2303. Todos estos artículos son aplicaciones de la acción de *in rem verso*, porque suponen precisamente el caso en que el agente no ha obrado como mandatario ni como gestor de negocios, y sólo se aplican cuando el ejecutor ha recibido perjuicio que se ha traducido en enriquecimiento de otro. Así, debe demostrarse que ha existido la ventaja ó el provecho para la persona capaz en el momento en que se concluyó el negocio ó en que recibió la cosa:

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2307.—Sobre los gastos funerarios, véanse L. 12, Tit. 13, Part. 1ª.—L. 8, Tit. 6, Part. 6ª, y 30, Tit. 13, Part. 5ª.—L. 17, Tit. 5, Lib. 42, Dig., y L. 45, Tit. 7, Lib. 11, id.—La Ley 12 citada de las Partidas, disponiendo sobre los gastos funerarios, dice así: «*Mas si fiesse con intencion de las cobrar, de relas aver, maguer no las mande ninguno facer, maguer le contradigiesen que las non fiesse, de rengelas dar de los bienes del muerto, ante que paguen ninguna cosa de las mandas que fiesse en su testamento, nin de las debidas que debia, en cualquiera manera que las deba, é ante que partan ninguna cosa de su aver los herederos que lo ovieren que aver; solo que aquellas despensas sean fechas mesuradamente, catando la persona de aquel por quien son fechas.*»

En cuanto al privilegio respecto á los bienes inmuebles, queda suprimido en el Libro 4, cuando haya otro acreedor hipotecario que tenga inscripto sobre ellos un derecho real.



llasen en el dominio de un tercero, á quien se le hubiese transmitido á título oneroso, el dueño del dinero empleado no tendrá acción contra el adquirente de esos bienes; pero si la transmisión fué á título gratuito, podrá demandarlos del que los tiene hasta el valor correspondiente al tiempo de la adquisición (art. 2310); pues no

y para el incapaz en el de la demanda, á menos de haberla empleado útilmente en una cosa que ha desaparecido.

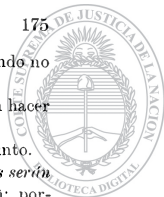
Una persona hace mejoras necesarias en la casa perteneciente á un mayor; tiene derecho á cobrarlas, si la casa se ha incendiado; pero si perteneciere á un menor y éste las hubiere destruído, no tendría derecho alguno, porque no ha recibido beneficio. Sin embargo, cuando la casa se hubiere destruído por caso fortuito podría cobrarlas. Cuando fuere poseedor de mala fe, art. 2441, puede repetir las mejoras que hubieren dado mayor valor á la cosa y compensarlas con los frutos percibidos; pero si fuere locatario, art. 1539, n^{os} 4, 5 y 6, sólo puede repetir las mejoras que existiesen, por el precio de su avaluación, art. 1549. Estos casos no se refieren ni están comprendidos en el artículo, aunque son aplicaciones de la acción de *in rem verso*.

Algunos consideran el presente artículo como un complemento del art. 2297, que habla de la gestión de negocios; no participo de esa opinión, porque el presente se refiere al empleo útil, que es muy diferente. Se ha creído igualmente que este artículo comprende los gastos útiles y necesarios, cuando dice claramente: «júzgase útil todo empleo de dinero que aumentó el precio», sin hacer distinción.

El presente artículo es una generalización de los arts. 2301 y 2302.

Freitas, art. 3451, dice, que la utilidad debe ser probada fuera de los casos señalados en el art. 3446, que son: 1^o, cuando la persona capaz recibió el dinero en que el empleo consistió; 2^o, si tal dinero fué dado para sus gastos necesarios y útiles; 3^o, si recibió la cosa en que el empleo consistió, y no probare que ella se perdió sin su culpa antes de ser utilizada. Todos estos casos se pueden aplicar en nuestro derecho. Para que la utilidad desaparecida dé derecho á cobrarla, es necesario que haya cesado por culpa del dueño de la cosa ó por caso fortuito, si la persona es capaz, porque si la destruyó ó la hizo cesar el mismo que la realizó no tendrá derecho. Si el dueño de la cosa es incapaz sólo deberá la utilidad cuando aquella pereció por caso fortuito ó fuerza mayor. — Comp. arts. 589, 591, 728, 733, 1549, 2441 y 3228.

(Art. 2310.) Los principios consagrados por este artículo no pueden sostenerse ante el derecho estricto, porque convierten la acción de *in rem*



sería justo obligar al que los transmitió á pagarlos, cuando no goza de la cosa mejorada.

Con relación al pago de los gastos funerarios, se deben hacer de la manera siguiente:

1º Se pagarán con los bienes que hubiere dejado el difunto.

2º *No dejando el difunto bienes, los gastos funerarios serán pagados por el cónyuge sobreviviente (art. 2308, 1ª parte);* porque á él le corresponde este último deber.

3º *Cuando el cónyuge no tuviese bienes (serán pagados) por las personas que tenían obligación de alimentar al muerto cuando vivía (art. 2308, 2ª parte),* sin que este deber se pueda eludir bajo pretexto alguno.

verso, esencialmente personal, en una real; pero se justifican ante la equidad, pues el donante no debe estar obligado por las mejoras que hubieran aumentado el valor de la cosa y debe pagarlas el que goza de ellas. Cuando la cosa ha sido donada, no se distingue si permanece ó no en poder del donatario, porque aun enajenada por él ha recibido el mayor precio de esas mejoras y debe abonarlas.

El art. 3266, sobre la transmisión de los derechos en general, parece impugnar la primera parte del artículo; pero debemos fijarnos que el presente habla de un derecho personal, y aquel de derechos reales que van escritos, por decirlo así, en la cosa transmitida, como en el caso de venta y otros semejantes. El valor de que responde el donatario no es el de la utilidad que recibió la cosa cuando se empleó el dinero en ella, sino el mayor valor obtenido por esas mejoras en el momento de la adquisición, de modo que si hubiesen desaparecido, nada deberá y la acción se dirigirá contra el enajenante; esto es lo que significan las últimas palabras. — Comp. FREITAS, art. 3454.

(**Art. 2308.**) Se ha seguido á Freitas, art. 3449, y aunque se separa del criterio que ha presidido á la distribución de la herencia, la considero acertada, porque está conforme con nuestras costumbres, que deben traducir la ley. En nuestro régimen matrimonial hay tal unión de intereses entre los cónyuges, que habría sido raro que se impusiera esta obligación á otro que á ellos. Se debe entender que rige el caso, no sólo cuando no deja bienes, sino cuando éstos sean insuficientes. Así, el que ha hecho los gastos funerarios, debe cobrarlos del cónyuge superviviente, y en caso no tuviere, puede elegir en la forma del art. 367.



§ 636. — DE LA CONCLUSIÓN DE LA GESTIÓN

Como la gestión se ha equiparado á un mandato gratuito, con relación al beneficio obtenido por el dueño del negocio, resultará que, *la gestión no concluye hasta que el gerente haya dado cuenta de su administración al dueño del negocio ó á quien lo represente* (art. 2296, 1ª parte). Y se ha decidido por la Suprema Corte, que el gestor debe presentar la cuenta con todos los justificativos que la comprueben, y el dueño del negocio puede rechazar toda partida que no esté probada.

Como se trata de actos ejecutados, el (art. 2296, 2ª parte) dice: que *toda clase de prueba será admitida respecto á la gestión, y á los gastos causados en ella*, porque son hechos que deben demostrarse por todos los medios que permite el derecho.

(Art. 2296.) El cuasi-contrato nace del *hecho* ejecutado, al que le da vida é imprime un carácter diverso la voluntad que suponemos en el agente, de obligar al dueño del negocio, esto es lo que lo diferencia de un hecho simple y lo hace clasificar entre los actos jurídicos. En cuanto á la prueba se considera como cualquier otro hecho ordinario de que pueden resultar obligaciones ó derechos, pero que no está destinado á crearlos y por esta razón no puede tener forma determinada. El cuasi-contrato nace desde el primer acto ejecutado, y no se considera terminado sino después de la cuenta que puede darse al dueño del negocio ú á su representante legal. — FREITAS, art. 3433. — Véanse arts. 1190 á 1292, 1909 y 2290.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2296. — Zachariae, § 622, nota 10. — Troplong, *Du Mandat*, núm. 146. — Duranton, tomo 13, núm. 356. — No se trata en efecto de probar una convención ó una obligación, sino el hecho de donde la obligación resulta.

LIBRO TERCERO

DE LOS DERECHOS REALES (*)



TITULO PRIMERO

DE LAS COSAS CONSIDERADAS EN SÍ MISMAS, Ó EN RELACIÓN Á LOS DERECHOS

§ 637.—GENERALIDADES

Considerando en general los objetos del derecho civil, se pueden dividir en materiales é inmateriales. Son materiales cuando caen inmediatamente bajo nuestros sentidos, é inmateriales cuando sólo pueden ser percibidos por nuestra inteligencia; los primeros pueden ser objeto de una aprehensión, los segundos no.

Independiente de esta división, los derechos se pueden considerar con relación al objeto que afectan; así serán personales, cuando sólo tienen por fin la persona misma, sea ésta el objeto de la relación jurídica, sea que se encuentre sometida á una obligación en provecho de otro, que se traduce en la ejecución ó no ejecución de un hecho; reales cuando sólo afectan á las cosas.

Nuestro Código, aceptando la terminología moderna, *llama cosas á los objetos corporales susceptibles de tener un valor (art. 2311)*, restringiendo así la expresión general que abraza

(Art. 2311.) Nuestro Código, siguiendo á Freitas, ha rechazado la división de los romanos, en cosas corporales é incorporeales, que era, en realidad, inexacta, porque *cosa*, en su sentido lato, es todo lo que cae

(*) Al tratar de las cosas y de la posesión antes que de los derechos reales, seguimos la opinión y el método de Mackeldy, porque las cosas y la posesión son los elementos de los derechos reales.—(NOTA DEL DR. VELEZ-SARSFIELD).



todos los objetos materiales, aun los que escapan á la apropiación del hombre.

bajo nuestros sentidos, y restringiendo aún más el significado, se ha conservado para las que son susceptibles de apropiación y de una medida de valor. Era más propio considerar los objetos que se propone el derecho, diciendo: «son corporales cuando se refieren á las cosas, é incorporeales cuando se trata de los hechos que sirven de objeto inmediato á los derechos personales». Así, según la terminología adoptada, los objetos, como elementos del derecho, son materiales ó inmateriales; materiales cuando siendo necesarios ó útiles al hombre no fueren susceptibles de una medida de valor, como el aire, la luz, que no son *cosas* en el sentido del derecho y de que no se ocupa el Código, que sólo reputa cosas las que tuvieren valor en el comercio de los hombres y fueren susceptibles de apropiación. Son inmateriales las que siendo necesarias ó útiles, como las facultades individuales y su ejercicio que no pueden estimarse, de las que tampoco se ocupa el derecho civil; pues sólo comprenden los objetos que sin ser materiales fueren susceptibles de una estimación ó de medida de valor.

Los objetos materiales é inmateriales forman el patrimonio de una persona y constituyen su riqueza propia; esos objetos unidos á los demás forman la riqueza nacional y han sido comprendidos bajo la denominación general de bienes. Hay derechos, como los de familia, la libertad, el honor, etc., que no son bienes, porque no son susceptibles de un valor permutable. El proyecto de Cód. Alemán, § 778, no reconoce otras cosas que las materiales. — Comp. FREITAS, art. 317 y su nota. DEMOLOMBE, IX, n° 9. BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, n° 10. — Véase mi nota al art. 1327.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2311. — Freitas pone al artículo 317 de su proyecto de Código, una larga nota demostrando que sólo deben entenderse por *cosas* los objetos materiales, y que la división en *cosas corporales* é *incorporales*, atribuyendo á la palabra *cosas* cuanto puede ser objeto de derechos, aceptada generalmente, ha confundido todas las ideas, produciendo una perturbación constante en la inteligencia y aplicación de las leyes civiles.

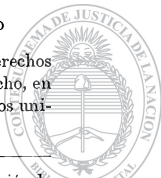
La palabra *cosas*, en la flexibilidad indefinida de sus acepciones, comprende en verdad todo lo que existe; no sólo los objetos que pueden ser la propiedad del hombre, sino todo lo que en la naturaleza escapa á esta apropiación exclusiva: el mar, el aire, el sol, etc. Mas como objeto de los derechos privados, debemos limitar la extensión de esta palabra á lo que puede tener un valor entre los bienes de los particulares. Así, todos los bienes son cosas, pero no todas las cosas son bienes. La *cosa* es el género, el *bien* es una especie.



Si se considera el objeto de los derechos civiles, tomándolos en sí mismos y según su naturaleza, ó en relación á la utilidad que ellos pueden prestar al hombre, y se hace abstracción de su individualidad, tenemos la expresión general que el Código llama *bienes* y que son *los objetos inmateriales susceptibles de valor é igualmente las cosas* (art. 2312, 1ª parte); pero la palabra *bienes* no comprende los llamados innatos y que nacen y mueren con la persona, como la libertad, el honor, etc., ni menos los derechos y facultades que la ley confiere sobre la persona misma para dirigir sus acciones, y que son independientes de las ventajas ó intereses pecuniarios que el poseedor del derecho puede sacar de su ejercicio. *El conjunto de los bienes de una persona constituye su patrimonio* (art. 2312, 2ª parte); es decir, que los

(Art. 2312.) En el sentido general y amplio, la palabra *cosa* comprende todo lo existente, sin tener en cuenta lo que puede ser objeto de derecho; y es tomando en ese sentido la expresión que la cosa viene á ser el género, y el bien la especie, como dice la nota. — Véase mi nota al art. 2152.

Los títulos donde constan los derechos son objetos materiales, mientras los derechos mismos son inmateriales. Forman el patrimonio de una persona los objetos materiales é inmateriales que son susceptibles de una medida de valor permutable, no de ese valor que se convierte en utilidad de la persona, que no se puede apreciar. Así, no forman el patrimonio ni las facultades conferidas á los padres, maridos, tutores ó curadores; ni la libertad, el honor, el cuerpo mismo de la persona, ni sus facultades personales, que son otros tantos medios de proporcionarle las satisfacciones de sentidas necesidades, y que pueden ser el objeto de violaciones de derecho; pero que no son cosas que puedan sujetarse á una medida de valor. El patrimonio de una persona lo forman los derechos susceptibles de medida de valor pecuniario. Se puede considerar la personalidad humana, como dice Freitas, puesta en relación con los diferentes objetos de sus derechos. El patrimonio es la universalidad jurídica de todos los objetos exteriores que pertenecen á una persona, dice Zachariæ, § 264, y agrega: «el patrimonio no es por sí mismo un objeto exterior; no es sino la idea abstracta de una unidad jurídica», ó como la llama Demolombe: «un *ente* de razón distinto de los bienes que la componen»; así, ciertos bienes que no formaban parte pueden entrar y otros que se encontraban pueden salir de él, sin que sufra alteración alguna; pero esta universalidad de derecho no debe confundirse

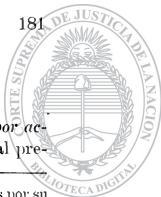


elementos del patrimonio consisten en los objetos de los derechos civiles. El patrimonio es, pues, una universalidad de derecho, en el sentido de que se considera como un conjunto de derechos unidos á la misma persona.

con ciertas universalidades de hecho, que resultan de la agregación de bienes que el propietario ha reunido, tales como una biblioteca, un rebaño; ellas no tienen existencia jurídica y deben ser consideradas aisladamente en su individualidad distinta. — Comp. DEMOLOMBE, IX, n^{os} 63, 65 y 66. FREITAS, art. 320 y su nota. BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, *Bienes*, n^o 10.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2312. — Véase el proemio del Tit. 17, Part. 2^a. — Duranton, tom. 4, n^o 3. — Toullier, tom. 5, n^o 510. — Marcadé, sobre el art. 543, n^o 402. — Hay derechos y los más importantes, que no son bienes, tales son ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo á que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc. Sin duda, la violación de estos derechos personales puede dar lugar á una reparación que constituya un bien, jurídicamente hablando; pero en la acción nada hay de personal: es un bien exterior que se resuelve en un crédito. Si pues, los derechos personales pueden venir á ser la causa ó la ocasión de un bien, ellos no constituyen por sí mismos un bien *in jure*. Lo mismo se puede decir de las facultades del hombre, de su aptitud, de su inteligencia, de su trabajo. Bajo una relación económica, las facultades del hombre constituyen sin duda la riqueza; mas jurídicamente, ellas no hacen parte de sus bienes. Así, el que hace cesión de sus bienes á sus acreedores, no comprende en la cesión, ni su libertad, ni sus facultades personales. El poder jurídico que se puede tener sobre una persona, y los derechos que de él le resulten no son bienes, aunque las ventajas que obtenga, den nacimiento á bienes. En la jurisprudencia sólo se considera *bien* lo que puede servir al hombre, lo que puede emplear éste en satisfacer sus necesidades, lo que puede servir para sus usos ó placeres, lo que puede en fin entrar en su patrimonio para aumentarlo ó enriquecerlo, aunque consista en un mero derecho, como un usufructo, un crédito.

El *patrimonio* de una persona es la universalidad jurídica de sus derechos reales y de sus derechos personales, bajo la relación de un valor pecuniario, es decir, como bienes. Es la personalidad misma del hombre puesta en relación con los diferentes objetos de sus derechos. El patrimonio forma un todo jurídico, una universalidad de derechos que no puede ser dividida sino en partes alicuotas, pero no en partes determinadas por sí mismas, ó que puedan ser separadamente determinadas. Una pluralidad de bienes exteriores tal, que pueda ser considerada como una unidad, como un todo, se llama *una universalidad* en este Código. Si es por la intención del propietario, es *universitas facti*, si por el derecho, *universitas juris*. El patrimonio de una persona presenta una universalidad de la segunda especie. Una universalidad de derecho puede ser transformada en una universalidad de hecho por la voluntad del



§ 638.—DE LAS COSAS INMUEBLES POR SU NATURALEZA

Las cosas son muebles ó inmuebles por su naturaleza, ó por accesión, ó por su carácter representativo (art. 2313); pero al pre-

(Art. 2313.) Freitas, art. 387, dice: «las cosas son inmuebles por su naturaleza, ó por naturaleza y carácter representativo», mientras en el 395 dice: «son inmuebles ó por su naturaleza, ó por accesión, ó por su carácter representativo». Por eso dice Demolombe: «no hay muebles por accesión», y esta palabra debe aplicarse sólo á las cosas inmuebles. Son muebles por su naturaleza y carácter representativo los instrumentos donde constare la adquisición de derechos *personales*, tengan ó no por objeto la entrega de cosas muebles ó inmuebles, así como los instrumentos donde constaren los derechos de hipoteca y anticresis.

La división de las cosas entre muebles é inmuebles tiene una gran importancia; así, los inmuebles situados en la República, son regidos por sus propias leyes: los muebles que el viajero lleva consigo son regidos por las leyes de su domicilio; las facultades de los tutores ó de los menores emancipados no son las mismas según que se trata de muebles ó inmuebles; la propiedad de los muebles no se transmite como la de los inmuebles; los inmuebles sólo son susceptibles de hipoteca, etc.; así es que conviene penetrarse bien de la división. Pueden verse los arts. 10, 11, 135, 434, 435, 438, 440, 488, 592 á 599, 1184, n.º 1, 2, 3, 5 y 8, 1223, 1241, 1285, 1810, n.º 1, 1831, n.º 7, 2112, 3108, 3393, que demuestran la importancia de la división.

propietario, por ejemplo, cuando un testador lega. á título singular, una parte de su sucesión.

El Derecho Romano distinguía el patrimonio del peculio. El patrimonio era *pecunia hominis sui juris*, el peculio era *pecunia hominis alieni juris*. La teoría del peculio es extraña á este Código.—Véase Zachariæ, § 251.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2313.—Marcadé, sobre el art. 525, critica los términos de los artículos 522 al 525 del Código Francés, que dividen los inmuebles en inmuebles por su naturaleza é inmuebles por su destino, pues que es imposible designar la línea de demarcación entre ellos. Más lógico y más jurídico sería decir, *inmuebles por accesión*. En todos los casos en que las cosas muebles se encuentran inmovilizadas, es porque son accesorias de los inmuebles. Cuando una paloma del palomar vecino anida en el mío, es por accesión que viene á ser mía, y se encuentra inmovilizada con el palomar. No se puede decir que es por el destino, pues que nadie la había destinado al palomar. Los edificios son sólo accesorios del suelo, y por esa razón vienen á ser inmuebles.



sente nos vamos á ocupar de las inmuebles por su naturaleza.

En el rigorismo de la expresión, sólo deberían considerarse como inmuebles, el suelo, pues es el único que por su naturaleza está inmovilizado; por eso dice el **art. 2314**: *son inmuebles por*

(**Art. 2314.**) El suelo es el único inmueble por su naturaleza, en la verdadera acepción, por sus elementos propios y constitutivos; porque todo lo que se agrega á la superficie sea en forma de edificios ó construcciones de cualquiera clase y que se inmovilizan, lo son simplemente por accesión. Así, todo lo que está incorporado al suelo de una manera orgánica, como la arena, el agua, los lagos, los ríos, las minas, los minerales, canteras etc., vienen á ser inmuebles porque forman un todo y constituyen el suelo mismo. Todo lo que forma la naturaleza de este suelo es inmueble. Freitas, art. 397, considera las substancias minerales ó fósiles, así como los árboles y arbustos plantadas en el suelo, como inmuebles por accesión original, lo mismo que la tierra, barro, arena y piedras, aguas de ríos y lagos, mientras no sean separadas del suelo mismo. Nuestro Código no ha aceptado esta distinción, entre accesión original y accidental y con razón á mi juicio; porque una cosa es el suelo mismo, tal como la naturaleza lo ha formado, y otra son las cosas que el hecho del hombre le ha agregado; por eso creo que el aluvión no es en realidad una accesión, aunque así lo considere el art. 2572, como no lo son las islas é islotes que se formaren en el lecho de los ríos, sin el hecho del hombre, aunque Freitas los considera como accesión accidental.—Véanse arts. 2315 y 2316.

«Si se tomara la palabra inmueble, dicen Baudry-Lacantinerie y Chauveau, en su sentido preciso y etimológico, no se debería comprender bajo esta expresión, sino las cosas que no pueden ser transportadas de un lugar á otro, *que non morero possunt*. No se encontrarían otros inmuebles que el suelo y los edificios. . . Lo que es inmueble en el suelo es la superficie geométrica, ó si se quiere su volumen. . . Pero la distinción jurídica de muebles é inmuebles, no se puede limitar á los términos estrechos de una definición etimológica, y se ha agregado á la lista de los inmuebles todos los objetos íntimamente ligados á la tierra, en razón de su adherencia ó de su incorporación al suelo; ellos toman al suelo, que los retiene, su carácter de inmueble.» — Tratado de Bienes, n° 23.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2314.—Los Edificios son designados en el Código Francés como inmuebles por su naturaleza, cuando en verdad sólo lo son por un hecho de accesión, tal es en efecto el origen que el Derecho Romano asigna á esta especie de inmovilización de los materiales que por su



su naturaleza las cosas que se encuentran por sí mismas inmovilizadas, como el suelo y todas las partes sólidas ó fluidas que forman su superficie y profundidad: todo lo que está incorporado al suelo de una manera orgánica, y todo lo que se encuentra bajo el suelo sin el hecho del hombre, conformándose así con la naturaleza de las cosas, y dejando para las demás que se encuentran adheridas al suelo de una manera permanente, la calificación de inmuebles por accesión.

En esta parte nuestro Código ha seguido la mejor doctrina.

§ 639.—DE LOS INMUEBLES POR ACCESIÓN.

Se dijo, que en rigor, lo único que se encuentra inmovilizado por su naturaleza, era el suelo y sus componentes; pero como hay objetos que se unen y forman por decirlo así, parte, en cierto modo, integrante de él; la ley ha debido considerarlos como inmuebles, porque se encuentran inmovilizados, por eso dice el **art. 2315**: *son inmuebles por accesión las cosas muebles que se*

(**Art. 2315.**) Para juzgar de la accesión es necesario tener presente, que el artículo se refiere á las cosas que el hombre ha agregado al suelo dándoles un carácter de permanencia que antes no tenían. Así, una casa ó edificio cualquiera, que está formada de materiales que son muebles por su naturaleza, vienen á ser inmuebles por su unión permanente al suelo, y por consiguiente lo serán todos los objetos que forman la casa, como las puertas, ventanas, herrajes, etc., una vez que la unión ha tenido lugar, entrando á formar el conjunto. Como dice Demolombe, los materiales incorporados al suelo han perdido desde este momento su individualidad propia, su substancia no sólo se ha alterado, sino que ha perecido jurídicamente». La accesión es física y real, cuando la cosa adherida al suelo adquiere inmediatamente su inmovilización: es moral, intelectual ó ficticia cuando sólo queda inmovilizado por la intención del propietario, de la que habla el artículo siguiente.

Son inmuebles por accesión material todas las construcciones que se hagan adhiriéndolas al suelo, sean superficiales ó subterráneas, cualquiera que las haga, sin perjuicio de los derechos que puedan tener los constructores; pero es necesario que las construcciones estén adheridas físi-

naturaleza eran muebles. *Omne quod solo iuvificatur solo cedit.*—Inst.. *De rer. divis.*, § 20. Sobre este artículo véase Demolombe, tom. 9, desde en el n.º 96.



encuentran realmente inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con tal que esta adhesión tenga el carácter de perpetuidad, como lo son los edificios y construcciones que se hicieran en él, sea por el propietario mismo, ó por un tercero que tuviera un derecho de uso ó goce del suelo, como el usufructuario.

Cuando las construcciones no fueren hechas por el propietario ó por el que lo representa, el tercero que las hubiera realizado no adquiere sobre ellas un derecho real; así, no las puede hipotecar, ni serles embargadas y vendidas por sus deudas.

camente por cimientos ú otras cosas que los hagan formar un todo con el suelo; así, no lo serán las casillas de madera ó cosas semejantes que se hacen temporariamente, ni las que se han adherido momentáneamente á un edificio en mira de la profesión del propietario.

Las semillas sembradas por el propietario, como los árboles plantados, vienen á ser inmuebles por su incorporación al suelo con el que forman un todo. Pero la calidad de inmuebles que protege á las cosas que forman el suelo ó están adheridas á él, cesa, desde el momento de su separación, y se convierten en muebles: así, los materiales separados del edificio, las piedras sacadas de la cantera, la tierra misma separada del suelo, vienen á ser muebles. Cuando los materiales se han sacado de una construcción para volverlos á poner inmediatamente son muebles por la separación, sin que se haga distinción entre el caso de demolición voluntaria ó forzada.—Comp. DEMOLOMBE, XI, n^{os} 101 y sig., y MARCADÉ, al art. 525, n^o 350.

Se corrigió la palabra *adhesión* por la de *accesión*. El proyecto de Cód. Civil Alemán, § 781, sólo considera inmuebles al suelo y las cosas ligadas á él como parte integrante; por ejemplo, las construcciones, y como parte integrante de ellas, las cosas que se agregan para su edificación, si su reunión no tuviere un fin temporario, § 783.— Véase FREITAS, art. 398.

Baudry-Lacantinerie y Chauveau, dicen: «los materiales con los que se construye un edificio son, en el momento en que se les emplea, cosas esencialmente muebles; vienen á ser inmuebles á medida que se las incorpora en el edificio; porque el edificio del que vienen á formar en adelante una parte necesaria, es el mismo inmueble, como parte integrante del suelo, del que no se pueden separar sin destruirlo, ó por lo menos en la calidad de accesorios. *Omne quod solo inaedificatur solo cedit*, dice la ley romana. De donde resulta, que las construcciones son inmuebles por incorporación ó accesión, más bien que por su naturaleza, y no hay



Si el locatario después de haber hecho construcciones en el terreno alquilado, cediese á otro el arrendamiento y el derecho de reclamarlas una vez concluido el contrato, tal acto no importaría una venta de inmueble.

Son inmuebles por accesión, las plantas, los árboles en pie, ó cualquier cosa que se encontrase adherida al suelo de un modo permanente; por eso no lo serán los árboles de un almácigo.

otras propiamente hablando, que la tierra, según la observación ya hecha». — Obr. cit., n° 25.

Pero las casas edificadas sobre un terreno ajeno, son inmuebles ¿respecto de qué personas? ¿Cuáles son los derechos del propietario y los del constructor? Supongamos que el constructor tiene un derecho real en la cosa, como el usufructuario. ¿Cuáles son los derechos del nudo propietario? Este puede reclamar su cosa concluido el usufructo; pero debe pagar el valor de las construcciones, usa de su derecho de accesión y lo edificado viene á ser inmueble. ¿Renuncia á su derecho y pide la demolición del edificio? Entonces el edificio deja de ser inmueble á la conclusión del usufructo y puede demolerse. Lo mismo se decidiría cuando la construcción fuera hecha por el locatario, y el propietario no quisiera aprovecharse del inmueble, el locatario será dueño de los edificios, bajo la condición suspensiva de que serán del propietario si quiere usar de su derecho de accesión.

¿Y cuándo las construcciones son hechas por el poseedor de buena fe? Pertenecen entonces al propietario quien no puede pedir su demolición y debe pagar su valor. Si el poseedor es de mala fe, el propietario podrá pedir su demolición ó quedarse con ellas, pagando el mayor valor que hayan dado á la cosa, el poseedor sólo puede sacar las mejoras voluntarias si no hicieron daño á la cosa.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2315.—LL. 28 y 29, Tit. 5, Part. 5ª. Así las plantas de un almácigo, aunque estén inmediatamente adheridas al suelo, no son inmuebles, pues sólo temporalmente están unidas al suelo.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2315.—Los contratos sobre explotación de una línea de tramways corresponde á la jurisdicción civil.—Jur. Civ., VII, 100, Sér. 1ª.

Debiendo considerarse una vía de tramways inmueble por accesión, procede el interdicto de recobrar ó de despojo contra la Municipalidad que haya llevado á cabo el levantamiento de los rieles.—Jur. Civ., VII, 314, Sér. 4ª.



§ 640.—DE LOS INMUEBLES POR SU DESTINO

Son inmuebles por su destino, las cosas muebles que la ley considera como inmuebles, por el uso á que han sido afectadas por el propietario del terreno ó de la construcción á que se adhieren; así, la inmovilización, no puede efectuarla sino el propietario mismo ó su representante; por eso dice el **art. 2316**: *son tam-*

(**Art. 2316.**) La adhesión física de una cosa que se incorpora al suelo, la hace inmueble, confundiéndola con éste, pero hay una accesión ficticia ó moral, como la llaman los autores, que nace de la intención del propietario respecto de las cosas que no están incorporadas al suelo ó al inmueble, esta accesión moral nace algunas veces de la naturaleza misma de las cosas, como los pescados de un estanque, que se consideran formando parte del estanque mismo; otras veces nace de la intención del propietario que los ha colocado formando un conjunto que les da el carácter de inmueble; así, en un establecimiento de labranza, se considerarán como inmuebles, los caballos, los arados y también las semillas que no se han arrojado bajo la tierra, porque todo eso constituye el establecimiento, siempre que el dueño ó el usufructuario las haya colocado allí. Lo que se debe buscar, pues, es la intención del propietario, intención que sirve de base á esta accesión ficticia y el Código ha dado una regla general para resolver las diversas cuestiones que ocurran, sin entrar en detalles que no serían capaces de contener los diversos y variados casos. Pero la intención no bastará por sí sola para hacer inmueble el objeto, sino cuando el propietario del establecimiento ó casa tenía derecho para colocarlo allí; es decir, cuando fuera propietario ó usufructuario de la cosa, pues, de otro modo, continuaría ésta siendo mueble. Las estatuas colocadas simplemente sobre su pedestal, no vienen á ser inmuebles como accesorios de la casa que adornan, así como cualquier otra cosa que se hubiere colocado en ella. Todo accesorio de un inmueble que forma parte de su conjunto, sin estar adherido al suelo, viene á ser inmueble por accesión ficticia cuando se le ha colocado permanentemente. — Comp. DEMOLOMBE, IX, n^{os} 199 y sig. MARCADÉ, l. c., n^o 352. ZACHARIE, § 254, texto y nota 8.

Freitas, art. 402, considera inmuebles, por accesión accidental, á todos los accesorios de las cosas muebles, existentes en los predios urbanos, destinados permanentemente á formar parte de ellos, aunque puedan ser separados sin que se altere su substancia; los instrumentos indispensables



bién inmuebles las cosas muebles que se encuentran puestas intencionalmente, como accesorias de un inmueble, por el propietario de éste, sin estarlo físicamente, diferenciándose esencialmente de los

para el trabajo agrícola en los predios rústicos; las máquinas, alambiques, calderas y demás utensilios en los establecimientos fabriles, con tal que sean esenciales á la industria. Deben ser puestos por el propietario ó su representante, si lo fuere por el usufructuario se considerarán inmuebles mientras dure el usufructo. El poseedor de buena ó mala fe será reputado para este efecto como propietario; pero las que colocasen los arrendatarios, locatarios ó meros detentadores no se considerarán como inmuebles, á no ser en el caso del art. 2320, en que el locatario lo hiciese en cumplimiento de su contrato. El locatario no puede convertir una cosa inmueble por su destino, pero puede hacerlo por su adhesión al suelo.

Si los instrumentos y demás accesorios se consideran como inmuebles, resultará que no podrán embargarse como muebles, y lo serán en su calidad de inmuebles.

Para que las cosas mueble queden inmovilizadas es necesario:

1º Que hayan sido colocadas sobre un fundo.

2º Que hayan sido puestas en el interés del inmueble; es decir, para su explotación ó servicio.

3º Que hayan sido colocadas por el propietario del inmueble ó por su representante.

4º Que el propietario del inmueble sea al mismo tiempo dueño de las cosas introducidas en él.

No es una condición esencial el que las cosas sean colocadas de una manera perpetua, basta que resulte de alguna de las condiciones enunciadas.—Comp. BAUDRY-LACANTINERIE, y CHAUVEAU, ob. cit., nº 60.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2316.—LL. 28, 29 y 31, Tit. 5, Part. 5ª.—Zachariae, § 254, y notas 8 y siguientes. En el caso del artículo, el principio de la accesión no está en la naturaleza de las cosas, como cuando se trata de la parte que sirve á componer el todo; existe únicamente en la voluntad de la persona que, colocando sobre el fundo objetos muebles, los ha consagrado al uso perpétuo de ese fundo. Esta voluntad, que diversas circunstancias deben hacer presumir cuando es el propietario del fundo quien ha hecho la colocación, no debe sin embargo presumirse jamás cuando la colocación emana de un tercero, que no tiene ningún derecho sobre el fundo, como el arrendatario ó usufructuario.—Véase Demolombe, tomo 9.

La accesión moral, la relación íntima entre el inmueble y el objeto mueble, dice Marcadé, existe algunas veces por la naturaleza misma de las cosas. Los pescados de un estanque, las llaves de una casa, forman un todo con los



inmuebles por accesión, en que la adherencia al inmueble debe ser con un fin permanente.

Serán, pues, inmuebles por su destino, todos los objetos muebles que el propietario coloca en un inmueble con el objeto de que

inmuebles: son inmuebles con ellos y por ellos. Comunmente al contrario, esta accesión moral que debe inmovilizar el objeto, sólo existe cuando ese objeto ha sido colocado sobre el fundo por el propietario mismo, pues no es presumible que nadie más que él lo dejase allí por siempre.

Así, son inmuebles por accesión, las semillas echadas á la tierra ó que se tienen con ese destino, los utensilios de labranza ó minería, los animales destinados al cultivo ó beneficio de una finca, las prensas, alambiques, toneles, etc., que forman parte de un establecimiento industrial adherente al suelo, y todos los útiles, instrumentos, máquinas, etc., sin los cuales esos establecimientos no podrían funcionar y llenar bien su destino, aunque no estuviesen soterados, como lo exigía la L. 29. Tit. 5, Part. 5^a.

Zachariae enseña que si los objetos muebles pueden ser considerados como inmuebles por razón de su destino, es cuando el uso que se hace de ellos tiene un carácter inmóvil, es decir, cuando son empleados en una explotación para la cultura del suelo, ó la cosecha de los productos del suelo. Si al contrario son empleados para la explotación de una industria de manufacturas, que se tiene dentro de los edificios que reposan en el suelo, pero que no explota ni los edificios ni el suelo, y en la cual el suelo y los edificios no entran sino como accesorios y lo principal es formado de los útiles á la explotación, que no son llevados allí para servicio del edificio, sino para la industria de la persona, es fuera de duda que ellos deben conservar su naturaleza propia, y que no pueden participar de la del suelo y de la de los edificios, á los cuales son extraños y meros accesorios. § 254. nota 3.—Lo mismo Duranton, tom. 4, n^o 64.

A pesar de la razón que acompaña á la opinión de los autores citados, los escritores de Derecho en general, y todos los Códigos conocidos, resuelven en conformidad del artículo.

Es entendido que cuando decimos que esos diferentes objetos unidos á perpetuidad á un fundo por el propietario, vienen á ser inmuebles, suponemos que el propietario del fundo tenía derecho á colocarlos allí. Sin esto, continuarían siendo muebles, permaneciendo en la propiedad de aquel á quien pertenecían antes de la reunión.

En el artículo hemos puesto un principio general, según el cual el juez y juriconsulto pueden fácilmente resolver cualquiera cuestión que se presente sobre una especie dada. Regularmente los Códigos de Europa y América entran en prolijas enumeraciones de los objetos que deben considerarse como accesorios de un inmueble; pero este sistema es por sí incompleto, pues no puede abrazar todas las cosas que deben reputarse accesorias, y da lugar á juzgar como excluidas de esa calidad, las que no se encuentren designadas en la ley.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2316.—Como accesorios se considera, un sembrado llevado á efecto por un tercero en un bien hipotecado, y no cosechado antes del vencimiento del gravamen.—Jur. Civ., II, 449, Sér. 1^a.



forme parte de él, sea una construcción, una usina ó cualquier otro establecimiento semejante; así serán inmuebles por su destino: los instrumentos para la labranza, las prensas, alambiques, toneles, etc., y todo lo necesario para la explotación agrícola.

Las cosas muebles destinadas á formar parte de los predios rústicos ó urbanos, sólo tomarán el carácter de inmuebles, cuando sean puestas en ellos por los propietarios ó sus representantes ó por los arrendatarios en ejecución del contrato de arrendamiento (art. 2320), y continuarán siendo inmuebles una vez que haya

(Art. 2320.) Solamente el dueño ó su representante legal pueden convertir una cosa mueble en inmueble por su destino: pero son necesarias dos circunstancias esenciales: 1º, deben ser colocadas en un inmueble y para su explotación; 2º, que el propietario las haya puesto intencionalmente como accesorios de éste siendo dueño de la cosa. El artículo habla de cosas muebles destinadas á formar parte de predios rústicos ó urbanos, y por consiguiente puede aplicarse tanto á la aceción *física* como á la *moral*, aunque debía referirse sólo á esta última: pero si suponemos que lo introducido son materiales de construcción para hacer una pieza en la casa, es claro que no bastará su introducción en ella para convertirlos en inmuebles, será necesario la adhesión material: si son cosas necesarias para la explotación del predio rústico, bastará la introducción y la intención del propietario para convertirlas en inmuebles, si son de su propiedad.

Cuando el representante es un mandatario del propietario, lo que éste hace en el inmueble, á nombre de su representado, se considera como hecho por aquel, si obra dentro de los límites del mandato, y su responsabilidad en caso contrario es sólo con relación al mandante. Si, por ejemplo, le ha ordenado comprar una máquina para el establecimiento agrícola, introduciéndola para la explotación, é introduce dos ó tres que no son necesarias, no adquirirán el carácter de inmuebles las introducidas de más; si le ha ordenado hacer una pieza en la casa y hace tres, todos los materiales empleados sin mandato, vienen á ser inmuebles por aceción. Por eso hemos dicho, que la aceción material y física puede hacerla cualquiera que sea propietario de las cosas, mientras la moral que depende de la intención, sólo la hace el propietario ó su representante, y en este caso viene á serlo el locatario que por el contrato debe introducir tales ó cuales cosas como necesarias á la explotación del establecimiento. El Dr. Ilerena opina, que cuando un administrador ha recibido órdenes de hacer una construcción empleando tales ó cuales ma-



terminado el contrato, si el arrendatario usando de su derecho no las sacare; sucederá lo mismo, cuando el destino para que fué introducida y que la inmoviliza momentáneamente, cesara por voluntad del propietario, que cambiara de destino á la cosa. Un

teriales, si emplea otros de más valor y el propietario sin saberlo vende el inmueble con todas sus adherencias, y antes de entregarlo tiene conocimiento de la falta de su representante. En este caso decimos, indudablemente el vendedor podrá pedir más precio por el inmueble en relación al mayor valor de los accesorios ó sacarlos». El ejemplo no me parece propio, porque comienza con construcciones y concluye con accesorios; pero de cualquier manera que se considere la cuestión, la solución es contraria á los principios. El comprador de buena fe nada tiene que ver con lo que ha hecho el mandatario, ha comprado al propietario un inmueble con todos sus accesorios por un precio determinado, y que éste tenga una ó más piezas, ó tales ó cuales adornos de valor que ignoraba el vendedor, nada altera su derecho; puede no obstante el propietario ir contra su mandatario que excedió sus órdenes; pero son cuestiones con las que nada tiene que ver el comprador. No podrá exigirle aumento de precio ni sacar las cosas que son accesorios del inmueble.

Cuando el mandatario tuviera su mandato de la ley, como el tutor ó el marido pueden inmovilizar las cosas muebles por la introducción que de ellas hicieran en el establecimiento, de los objetos necesarios á la explotación; pero no soy de la opinión de Demolombe, cuando enseña que el marido, separado de bienes, puede hacerlo en los de la mujer; porque según nuestra legislación ésta tiene la libre administración de los que le corresponden, art. 1302. Es necesario no confundir las cosas que se adhieren al inmueble, con las que se introducen con la intención de que formen parte de él; las primeras basta, en general, que estén adheridas, para que adquieran ese carácter, sin que importe la calidad de la persona que las hizo, si es propietario de ellas; las otras es necesario que las introduzca el propietario del inmueble, su representante, el usufructuario ó el locatario en virtud de su contrato; no se trata, pues, de mejoras como algunos creen. — Comp. POTHIER, *Comm.*, n° 63. AUBRY y RAU, § 164. DEMOLOMBE, IX, n° 202. BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, n° 59.

Freitas, art. 403, trae con más claridad el artículo refiriéndose únicamente á la accesión ficticia, exigiendo sólo que las cosas sean puestas en los predios; y negando á los locatarios ó detentadores la facultad para hacerlas; pero la accesión física puede hacerla cualquiera.



ejemplo de esto es el **art. 2321** que dice: *cuando las cosas muebles destinadas á ser parte de los predios, fuesen puestas en ellos*

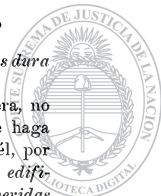
Nuestro artículo, tal como está redactado, comprende los dos modos, con las diferencias indicadas.

(**Art. 2321.**) Se trata de cosas muebles que vienen á ser inmuebles por la intención del dueño y la introducción en el predio, partiendo del principio que sólo éste tiene derecho para establecer esas relaciones entre su fundo y las cosas muebles entradas con ese destino; do donde debería deducirse lógicamente la conclusión de Pothier: de que el usufructuario que no es dueño, no puede tener esa prerrogativa; sin embargo, nuestro Código ha seguido la opinión contraria enseñada por Duranton, Toullier, Dalloz y Freitas, de donde resultará esta consecuencia algo extraña, que si el usufructuario vende el usufructo, se entenderán comprendidos en él todas las cosas introducidas en la propiedad con la intención de que sirvan al uso para que se la destinaba, lo que sería una grande injusticia. Demolombe, Marcadé, Massé y Verger, sobre Zachariæ, siguen la opinión de Pothier.

Considero insostenible la teoría de algunos que extienden el privilegio al usuario, acreedor anticresista y á todos los que tengan derechos reales sobre la cosa; ninguno de éstos pueden hacer de una cosa mueble una inmueble por la intención; esa ficción es creada en favor del propietario únicamente, y por excepción se le concede esa facultad al usufructuario. Participo de la opinión de Championniere y Rigaud, *Tratado de los derechos de registro*, IV, n° 3189, y VI, n° 369, de que los objetos muebles colocados por los asociados á nombre y para la explotación de la sociedad, sobre un inmueble que no había sido puesto en sociedad por ellos, no vienen á ser inmuebles por su destino, porque la sociedad no era propietaria de él y sólo los propietarios tienen este derecho. Véanse diversos fallos de la Corte de Casación Francesa, citados por Dalloz. Por la misma razón debe decidirse que son inmuebles, cuando se tratare de co-propietarios pro-indiviso, que introducen cosas muebles con el consentimiento de sus condóminos; porque son propietarios. Por cualquier causa que cese el usufructo, las cosas vuelven á tomar el carácter de muebles. — FREITAS, art. 403, § 2. DURANTON, IV, n° 5. BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, nos 57 y sig.— Véase art. 2946.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2320—LL. 28 y 31, Tit. 5, Part. 5ª.—Duranton, tom. 4, n° 47.—Pothier, *De la Commún*, n° 63.—Aubry y Rau, § 164.—Demolombe, tom. 9, desde el n° 202.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2321.—La cita anterior y Proudhon, *Del dominio privado*, tom. 1, n° 166.—En contra, Duranton, tom. 4, n° 59.



por los usufructuarios, sólo se consideran inmuebles mientras dura el usufructo; volviendo á ser muebles.

La adhesión física de una cosa á un inmueble cualquiera, no basta para inmovilizarla. es necesario que esa adhesión se haga con la intención de que la cosa forme parte integrante de él, por eso es que *las cosas muebles, aunque se hallen fijadas en un edificio, conservarán su naturaleza de muebles cuando estén adheridas al inmueble en mira de la profesión del propietario, ó de una manera temporaria (art. 2322)*; porque en el primer caso se ha tenido en vista la profesión y no el inmueble, y en el segundo, la

(**Art. 2322.**) Se dijo en el art. 2315, que los muebles se convertían en inmuebles por su adhesión física al suelo, ó por su adhesión á otros inmuebles de los que venían á formar parte integrante; era la adhesión física la que les daba el carácter de inmuebles por su naturaleza; mientras en el 2316, se habló de la adhesión ficticia que se formaba por la intención del propietario unida á la introducción de la cosa, era la adhesión por destino; el presente artículo parece consagrar otra doctrina porque nos habla de la adhesión física al inmueble y de la intención con que esa adhesión se ha hecho; hay, pues, adhesiones físicas que no convierten en inmueble el mueble adherido. ¿Cómo distinguirlas? Cuando se trata de un inmueble tenemos, pues, que admitir como tales á todas las cosas que lo constituyen y forman parte integrante de él, á las que al entrar en su construcción han perdido su individualidad, y no se las podría separar sin desmembrar el edificio, sin mutilarlo ó perjudicarlo, mientras otras pueden estar adheridas á él y sacarlas sin que el edificio perdiera, ni cambiara su naturaleza. Así, un espejo ó un cuadro incrustado en una pared, forman parte de ella y son inmuebles; pero sólo clavados son muebles y permanecen tales; una fragua, una caldera, por más que estén unidas al edificio, quedan muebles porque no forman parte de él, se pueden sacar sin desnaturalizar el edificio. Pero un edificio hecho á propósito para una fotografía ó una fábrica, no haría considerar como inmuebles todos los muebles introducidos por el dueño con el objeto de servir á la explotación. Así, la regla en estos casos no sería la adhesión física, sino se atenderá á la profesión del propietario: por consiguiente, vendida una casa que ocupa el propietario con una fotografía, no se considerarían como inmuebles todas las construcciones hechas para la fotografía, siempre que pudiesen sacarse sin perjudicar al inmueble.—Véase FREITAS, art. 402, § 3. AUBRY y RAU, § 164, texto á la nota 73, y DEMOLAMBRE, IX, n° 283.

intención de que la adhesión sea accidental impide que pueda inmovilizarse.

§ 641.—DE LOS INMUEBLES POR SU CARÁCTER REPRESENTATIVO

Los derechos y las acciones que la ley concede á los particulares, no pueden ser considerados por su naturaleza como muebles ó inmuebles; pues, esta clasificación sólo se aplica á los objetos materiales; pero nuestro Código siguiendo al francés las ha clasificado entre los inmuebles al decir en el **art. 2317**: *son inmuebles*

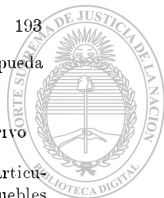
(**Art. 2317.**) Los instrumentos públicos son en este caso el derecho mismo, porque sin ellos no existen y se confunden, por decirlo así; pero los derechos reales son fraccionamientos del derecho de propiedad, y la única excepción es la hipoteca y el anticresis que no toman parte alguna de la propiedad, y en este sentido se pueden llamar derechos reales *sui generis*, porque sólo responden y afianzan una obligación personal, sin tomar parte alguna de la propiedad. Nuestro Código se ha decidido por la común opinión de los autores, que consideran estos derechos y los instrumentos que los representan como cosas muebles por representación, porque la hipoteca no es un derecho fraccionario de la propiedad, y el título del anticresis se confunde con el derecho que representa.—Véase mi nota al art. 2319.

Los instrumentos públicos que representan el estado de una persona, no son muebles ni inmuebles desde que tienen por objeto cosas que están, por decirlo así, fuera del comercio.

Demolombe, IX, n^o 471 y 472, se hace cargo de todas las objeciones contra la doctrina de nuestro artículo y las contesta victoriosamente: la hipoteca, la prenda, el privilegio, el anticresis son derechos reales que participan de la naturaleza de la acreencia que garanten y están sujetas á todas las causas de extinción de ésta.—Comp. DEMANTE, I, n^o 525. DURANTON, XIX, n^o 241. TROPLONG, *Locación*, al art. 1709, n^o 17. DELVINCOURT, I, pág. 141. FREITAS, art. 404. GONZALES, art. 380, n^o 8.

Marcadé, con esa vivacidad de expresión que lo distingue, sostiene que la hipoteca no es un derecho real, *un jus in re*, demostrando que el título que lo representa es mueble. Teóricamente puede sostenerse la primera parte, pero nuestro Código la reconoce como un derecho real.—Comp. arts. 2318, 2319, 2503, y la nota al art. 3108.

La ley puede declarar otros inmuebles, para hacer gozar á los títulos de los privilegios anexos á éstos. Así, diversas leyes francesas han de-





por su carácter representativo los instrumentos públicos de donde constare la adquisición de derechos reales sobre bienes inmuebles, con exclusión de los derechos reales de hipoteca y anticresis. Así, pues, son inmuebles por su carácter representativo:

1° Los instrumentos públicos donde constare el derecho de propiedad á un inmueble, y los derechos reales, como el usufructo, derechos de uso y habitación, y cualquier fracción del derecho de propiedad, no comprendiéndose la hipoteca, porque no es una fracción de la propiedad.

2° Las acciones fundadas sobre un derecho real de propiedad, si constaren de instrumento público.

§ 642.—DE LAS COSAS MUEBLES

Son cosas muebles las que pueden trasportarse de un lugar á otro, sea moviéndose por sí mismas, sea que sólo se muevan por una fuerza externa, con excepción de las que sean accesorias á los inmuebles (art. 2318) confundiéndose en esta definición las

clarado inmuebles las acciones del Banco de Francia, cuando sus propietarios lo pidieran, como las acciones de los Canales del Mediodía y de Orleans, las rentas del Estado, etc.—Comp. BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, n° 115 á 118.

(**Art. 2318.**) No se debe hacer distinción del tamaño ó volumen de la cosa, basta que no esté adherida al suelo de una manera permanente ó no sea accesoría de un inmueble, siempre que se pueda trasportar de un lugar á otro; pero la capacidad de moverla no bastará para convertirla en mueble, porque los edificios se pueden trasladar de un lugar á otro, como se ha visto en los Estados Unidos.

Por grande que sea en tamaño una cosa, siempre que no esté adherida al suelo será considerada como mueble, aunque sea traída para colocarla en un inmueble, mientras no forme parte de él. Todas aquellas cosas que están en reposo en un lugar, y de donde no se mueven por el destino que se les ha dado, serán muebles desde que sean susceptibles de

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2317.—Véase Zacharie, § 256.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2317.—Los títulos no pueden ser desglosados y entregados si son varios los que pretenden tenerlos.—Jur. Civ., IX, 255, Sér. 4°.



semovientes que pueden moverse por sí mismas. La generalidad de la expresión, de cosas que pueden transportarse de un lugar á otro, comprendería igualmente las destinadas á formar parte de los predios, pero deben exceptuarse cuando sean puestas allí por los propietarios para la explotación, ó por los arrendatarios en cumplimiento de sus contratos.

Son también muebles todas las partes sólidas ó fluidas del suelo, separadas de él, como las piedras, tierra, metales etc. (art. 2319, 1ª parte); porque una vez que no forman parte de él, y que pueden ser transportadas de un lugar á otro recobran su carácter de muebles.

Son también muebles, *las construcciones asentadas en la superficie del suelo con un carácter precisorio (art. 2319, 2ª parte),* pero serán inmuebles si lo fueron en mira de un objeto permanente.

Los tesoros, monedas y otros objetos puestos bajo del suelo (art. 2319, 3ª parte), son igualmente muebles, porque han sido colocados con el objeto de guardarlos y no para incorporarlos al suelo.

hacerlas cambiar de lugar, como sería un buque que se tiene inmovilizado en el río para servir de baños, ó para lavadero.—Comp. DE MOLOMBE, IX, n° 393. CÓD. FRANCÉS, art. 528. FREITAS, art. 393.— Véanse arts. 2315 á 2317, 2331 y 2332.

(**Art. 2319.**) Separadas las cosas del suelo que formaban parte integrante, entran en la categoría de los muebles, porque su calidad de inmueble la tienen por la adhesión al suelo con el que formaban un todo orgánico. Así, las cosas que constituían el suelo una vez separadas materialmente de él, dejan de ser suelo y recobran su individualidad; esto en cuanto á los componentes del suelo mismo, como las piedras, metales ó fósiles; respecto á las cosas que siendo muebles en su origen se han convertido en inmuebles por accesión, adhiriéndolas física y materialmente al suelo, como las construcciones hechas con carácter permanente, siguen la misma regla, una vez separados los materiales, sea por causas voluntarias ó forzadas, recobran su carácter de muebles sin tener en cuenta la voluntad del propietario, como sucede en la accesión ficta. Creo

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2318.—L. 4, Tit. 29, Part. 3ª.—Cód. Francés, art. 528.—Cód. de Italia, art. 417.



Los materiales reunidos para la construcción de edificios, mientras no estén empleados; los que provengan de una destrucción de los edificios, aunque los propietarios hubieran de construirlos inmediatamente con los mismos materiales (art. 2319, 4ª parte), son igualmente muebles; porque en uno y otro caso la intención del propietario no es bastante para inmovilizarlos, como sucede en las cosas destinadas á formar parte de los predios, en que basta la introducción con ese objeto determinado para que adquieran el carácter de inmuebles.

Finalmente, son muebles, *todos los instrumentos públicos ó privados de donde constare la adquisición de derechos personales (art. 2319, últ. parte), por su carácter representativo, porque los derechos en sí no pueden ser considerados como muebles, ni como inmuebles.*

que cualquier cosa arrancada á un edificio por el viento ó por la voluntad del propietario, aunque sea para ponerla inmediatamente, recobra su carácter de mueble, pues lo que le daba la calidad de inmueble ha sido la adhesión física, y una vez que esta ha cesado, la voluntad del propietario no puede cambiarle el carácter, como sucedió con las cosas adheridas moralmente, que no formando un todo con el suelo, son inmuebles porque componen el conjunto de un establecimiento, que dejaría de serlo, si esas cosas no formaran parte de él. Es cierto que la l. 17, § 10, tit. 1, lib. 19, Dig., dice: «lo que ha sido sacado de un edificio para volverlo á poner, no cesa de formar parte de él»; y que fundados en esta ley casi todos los autores franceses enseñan, que las cosas sacadas momentáneamente del inmueble continúan conservando su carácter; pero á pesar de la grande y poderosa autoridad de los que sostienen tal teoría, prefiero conformarme á la realidad de las cosas que hieren nuestros sentidos, y considero que una teja ó una pizarra arrancada del techo de una casa, por el que hace las refacciones, es un mueble porque sólo era inmueble mientras formaba parte por su adhesión al edificio.

Los objetos que forman la casa no son inmuebles por la intención del propietario, sino por su adhesión al edificio, y si el art. 2322 parece hacer una excepción á este principio, no lo es en verdad, porque la cosa mueble adherida al inmueble no forma parte de él, desde que se ha puesto temporariamente y para indicar la profesión del que lo ocupa, como serían las muestras, tablillas, chapas, etc., adheridas á la casa. Pero si considero como recobrando su calidad de muebles á las cosas sacadas y



§ 643.—DE LO QUE SE COMPRENDE POR MUEBLES DE UNA CASA

El Código, á semejanza del Cód. Francés, ha querido determinar lo que se debe entender por muebles de una casa, y procede en una forma negativa, que si bien da una idea general, no la pre-

que formaban parte del edificio, esto en nada altera la propiedad en su conjunto. Nuestro Código apoya esta tesis, pues, considera muebles á los materiales que provengan de una destrucción, aunque hubieran de emplearlos inmediatamente, lo que demuestra, que la intención del propietario en nada influye para cambiar el carácter de la cosa. Lo que decide en mi opinión la controversia, que tiene sólo importancia teórica, es que, si las cosas que forman un todo orgánico con el suelo, dejan de ser inmuebles por su separación de él, sin tener en cuenta la intención del propietario, con mayor razón deben serlo las que forman parte de los edificios. El Dr. Segovia, entre nosotros, sigue la común opinión de los autores; mientras el Dr. Llerena, siguiendo á Laurent, defiende la opinión que sostengo.

Cuando las construcciones tienen un carácter provisorio, como las casas de madera y cosas semejantes, que se hacen para las fiestas públicas, conservan su carácter de muebles, no tanto por la intención de los constructores, sino porque falta la adhesión permanente al suelo.

Los tesoros y demás cosas que se encuentran en el interior del suelo, conservan su carácter de muebles, porque no están incorporados de una manera permanente; es una forma original que el hombre ha adoptado para guardarlos, y si fueran monedas ó piedras preciosas perdidas, como no forman parte orgánica con el suelo, conservan su individualidad desde que llevan el sello del trabajo del hombre.

Son igualmente muebles los instrumentos donde conste la adquisición de derechos personales, á los que debemos agregar, los que sin importar un fraccionamiento de la propiedad, la ley les ha concedido un *jus in re*, y que sólo son accesorios de derechos personales, como la hipoteca, prenda y anticresis. —Comp. BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVÉAU, n^{os} 120 y sig. — Véanse arts. 2315, 2316 y 2322.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2319.—L. 20, Tit 5, Part. 4^a.—Demolombe, tom. 9, n^o 111 y siguientes.—Demante. *Cours analytique*, n^o 362 bis.—Zachariae, § 255, nota 5.—La Ley Romana decía: *At que parata sunt ut imponantur, non sunt edificii. Ea que ex edificio detracta sunt, ut reponantur edificii sunt*, —L. 17, § 10, Dig. *De act. empt. et vend.*



cisa de modo á no dejar duda; así, dice en el **art. 2323**, 1ª parte, *en los muebles de una casa no se comprenderán:*

1º *El dinero, los documentos y papeles*, á menos de expresarse lo contrario.

2º *Las colecciones científicas ó artísticas* (**art. 2323**, 2ª parte); porque nunca se ponen con el objeto de adornar una casa, sino con el fin de estudios especiales ó de exhibiciones para la instrucción pública.

3º *Los libros y sus estantes, las medallas, las armas, los instrumentos de artes y oficios* (**art. 2323**, 3ª parte); porque si bien se colocan para adornar y hermoear el interior de las casas, no forman en realidad el ajuar ordinario de ella.

4º *Las joyas, ninguna clase de ropa de uso* (**art. 2323**, 4ª parte); porque son de uso personal, y en general no están comprendidas en los muebles que adornan la casa, pues son destinadas á adornar á las personas.

5º *Los granos, caldos, mercaderías* (**art. 2323**, 5ª parte); porque están destinados á otros usos, empleándolos en el comercio, la industria ó la agricultura.

6º *Ni en general otras cosas que las que forman el ajuar de una casa* (**art. 2323**, últ. parte), entendiéndose por tales, aque-

(**Art. 2323.**) Los muebles de una casa son accesorios de las piezas donde están colocados para adornarlas y amueblarlas, ese es el verdadero objeto que tienen y lo que las constituyen como muebles de la casa; pero cuando forman un conjunto ó colecciones no tienen por objeto amueblar piezas, y por el contrario éstas son independientes de la colección que están destinadas á guardar. «Los libros y sus estantes», como dice el Cód. Chileno, art. 574, de donde fué tomado el nuestro, en lugar de biblioteca que forma el conjunto ó la colección, abraza igualmente las armas y medallas. No deberían comprenderse las cosas que no formaran colección y sirvieran sólo para adornar la casa. Será cuestión de hecho. No sucederá lo mismo respecto á los instrumentos, que aun sueltos, no pueden considerarse como adornos de una casa.

No se comprenden los carruajes, caballos ó sus arneses, que también exceptúa el Cód. Chileno, y que en realidad jamás sirven para adornar la casa; menos se comprenderán los muebles que se encontraran accidentalmente depositados. La última parte del artículo expresa, que pueden no comprenderse otros bienes, y por consiguiente la designación no



llas cosas destinadas á amueblarla, y que son de uso común ú ordinario; pero en la mayor parte de los casos, serán cuestiones de interpretación, que los jueces resolverán según los términos empleados en el contrato.

§ 644.—DE LAS COSAS FUNGIBLES Y DE LAS CONSUMIBLES

Se ha confundido generalmente la fungibilidad de una cosa, que más bien es una calidad que no reposa en la naturaleza misma de ésta, con el carácter de consumible que puede tener; pero nuestro Código las distingue siguiendo la mejor doctrina, al decir en el **art. 2324**: *Son cosas fungibles, aquellas en que todo indivi-*

es limitativa. Los cuadros, porcelanas, estatuas y cosas semejantes que no formen colecciones y que están puestos como simples adornos, se consideran que forman el ajuar de la casa.—Comp. DEMOLOMBE, IX, n° 448. GOYENA, art. 382. DEMANTE, l. c., n° 366.—Véase especialmente á BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, n° 170.—Véanse 2322 y 3763.

(**Art. 2324**.) La palabra *fungible*, como lo observa Demolombe, es un poco bárbara y no pertenece á la lengua de los juriconsultos romanos: sirve para expresar las cosas que pueden reemplazarse las unas por las otras; en que la una es equivalente de la otra. De ahí es que se haya incurrido en el error de confundirlas con las consumibles. La fungibilidad de una cosa viene de la intención de las partes, cuando se han convenido en devolverse otras de la misma especie y calidad. Así, las cosas fungibles se distinguen de las consumibles en que aquellas no se consumen por el primer uso, y pueden llegar á ser consumibles por la voluntad de las partes; mientras las consumibles, ó las que se pesan, miden ó cuentan, son siempre fungibles. Un librero á quien se le ha pedido en venta un Código Civil y lo pide prestado á otro, prometiendo volver la obra de la misma edición, el préstamo será considerado como de cosa fungible, á pesar de que la cosa no es consumible.— Véase art. 2241. DEMOLOMBE, IX, n° 42. MAYN, § 115, y FREITAS, art. 357.

Baudry-Lacantinerie y Chauveau, n° 18, dicen: « es, pues, la intención de las partes que hace la fungibilidad, de modo que una misma cosa puede, según las circunstancias, es decir, según la voluntad de las partes, ser fungible ó no fungible. Así, presto mi Código á un amigo que

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2323.—Demante, *Cours analytique*, n° 396. Zachariae, § 255, nota 7 y 8.



duo de la especie equivale á otro individuo de la misma especie, y que pueden substituirse (para la restitución) *las unas por las otras de la misma calidad y en igual cantidad.* Así, una cosa fungible puede no ser consumible según la voluntad de los contratantes, ó puede serlo cuando el deudor sólo estuviere obligado á devolver otra de la misma especie ó calidad. Un libro ó un caballo que no se consumen por el primer uso, pueden ser fungibles ó no fungibles, según la intención de las partes; lo serán, cuando se autoriza la restitución de otras de la misma especie y calidad, no lo serán, si se deben entregar las mismas.

La fungibilidad reposa, pues, sobre una calidad accidental y relativa, según se considere la cosa para la restitución, mientras la calidad de consumible se basa en la naturaleza misma de la cosa, la de no poder ser usada, sin hacerla desaparecer con el primer uso; por eso dice el **art. 2325**, 1ª parte: *Son cosas consumibles aquellas cuya existencia termina con el primer uso*, y que no pueden substraerse á su destrucción, á menos de no darles una calidad especial que no tienen en el uso ordinario á que están destinadas, como sería cuando se prestan para muestras ó usos semejantes en que deben devolverse las mismas cosas.

Son también consumibles, *las que terminan para quien deja de de poseerlas, por no distinguirse en su individualidad* (**art. 2325**, 2ª parte), como sucede con las monedas que al entrar en la circulación del comercio, desaparecen por decirlo así.

Son cosas no consumibles, las que no dejan de existir por el primer uso que de ellas se hace, aunque sean susceptibles de consumirse ó de deteriorarse después de algún tiempo (**art. 2325**, úl-

me lo pide. Aquí el libro prestado será cosa no fungible, pues nuestra intención común ha sido que la restitución se hiciese *in specie*, y no por equivalencia. Es, pues, el Código prestado que deberá serme restituído, el mismo ejemplar y no otro en su lugar, pues puedo tener motivos para tenerlo, por ejemplo, por haberlo anotado ».

(**Art. 2325.**) Hay cosas de las que uno no puede servirse sin alterar su substancia ó hacerlas desaparecer, y cuyo uso no se concibe sino dos-

tima parte), y aun aquellas que se prestan con el objeto de devolver las mismas en su individualidad, siendo por su naturaleza consumibles.

§ 645.—DE LAS COSAS DIVISIBLES Ó INDIVISIBLES. —
DE LAS COSAS PRINCIPALES Y ACCESORIAS

Las cosas son divisibles cuando son susceptibles de división, sea material ó intelectual; pero no es en este sentido que se toma la divisibilidad ni el objeto que se propone la ley; porque consideradas bajo esta faz, todas las cosas materiales serían divisibles.

La divisibilidad de que habla el Código, es aquella que hace de cada parte dividida una igual é idéntica al todo y á cada una de las divididas; es en este sentido que dice el **art. 2326**: *son*

truyéndolas, como el vino, el aceite, etc., y otras que al entrar en la circulación del comercio sin destruirse, pierden su individualidad por ser imposible distinguirlas, como la moneda; éstas se llaman consumibles, porque el primer uso las ha hecho desaparecer. Las que no se consumen después del primer uso, conservan su individualidad y se llaman no consumibles, aunque estén destinadas á desaparecer en un tiempo más ó menos largo. — Comp. FREITAS, arts. 354 y 355. BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVÉAU, n° 17. — Véase art. 2241.

(**Art. 2326.**) En el sentido natural todas las cosas son divisibles, porque son susceptibles de descomponerse en partes iguales; pero no es con relación á esta manera de considerarlas á que se refiere el derecho, es necesario que la porción separada conserve su identidad con el todo. El suelo no puede ser limitado como unidad especial sino por la voluntad del hombre. Así, cuando señalamos un límite es el resultado de nuestra voluntad, que puede fijarlo en uno nuevo ó más estrecho; en este sentido, un campo es divisible, porque si bien esta división se funda sólo en la voluntad, que aísla una parte de la otra, cada parte dividida es idéntica á sí misma y al todo, aunque puedan diferir en valor ó bondad, lo que no altera la identidad de las partes con relación al todo. No sucede lo mismo con las cosas muebles, que aparecen como unidades independientes de la voluntad humana. El derecho las considera divisibles, cuando por la división no se destruye la idea del todo; en





cosas divisibles aquellas que sin ser destruidas enteramente, pueden ser divididas en porciones ideales, cada una de las cuales forma un todo homogéneo y análogo, tanto á las otras partes como á la cosa misma, y que conserva un valor relativo ó proporcional á la división, pues sin esta condición, no habria verdadera divisibilidad; por ejemplo, un gran espejo no sería divisible en el sentido legal, aunque puedan formarse cuatro pequeños, que serían homogéneos y análogos al todo; porque con la división perdería su valor proporcional; mientras lo sería una fanega de maíz, ó una pipa de vino.

La indivisibilidad que se aplica á las cosas corporales, cuando no son susceptibles de dar cosas homogéneas análogas y de un valor proporcional al todo, rige igualmente para las incorporeales, como las obligaciones indivisibles, las servidumbres reales, la hipoteca, el derecho de retención y la propiedad del patrimonio.

La división entre cosas principales y accesorias se funda en la relación íntima que puede existir entre dos cosas, de las que la una está destinada á seguir la suerte de la otra; así, dice el **art. 2327**: *son cosas principales las que pueden existir para sí*

una palabra, cuando son idénticas á sí mismas y al todo sin disminuir el valor total. Así, las piedras preciosas, espejos, etc., no son divisibles, porque si las partes son idénticas, hay una disminución en el valor ó utilidad de esas cosas, mientras una pieza de género será divisible. La división de la tierra se hace únicamente por el cambio de límites que le fija la voluntad sin influir sobre la cosa; en las demás, es necesario una destrucción material. Lo mismo sucede tratándose de la reunión de cosas muebles, para formar un todo artificial, y de la reunión de varios inmuebles; en el primer caso se procede materialmente; en el segundo basta la voluntad de las partes que determinan los límites. La divisibilidad tiene gran importancia, porque forma la base del título sobre obligaciones *divisibles ó indivisibles*. — Comp. DEMOLOMBE, XXVI, nº 507. MAYNZ, § 116, y FREITAS, art. 363.

(**Art. 2327.**) La distinción señalada en el artículo, se basa en la relación existente entre dos cosas; y se entiende por principal á la que tiene una existencia propia é independiente, ó cuya existencia y natura-



mismas, y por sí mismas, como sería un terreno, una mesa, que existen por sí; mientras son cosas accesorias, aquellas cuya existencia y naturaleza son determinadas por otra cosa, de la cual dependen, ó á la cual están adheridas (art. 2328), como las cosas que se pusieran sobre el terreno, ó el paño que se fijase en la mesa; así, las cosas que natural ó artificialmente estén adheridas al suelo, son cosas accesorias del suelo (art. 2331); pero como á

leza son determinadas por ellas mismas. Esta división tiene gran importancia. — Comp. DEMOLOMBE, IX, n° 53, y MAYNZ, § 118.

(Art. 2328.) Las cosas accesorias son las que están consideradas como subordinadas á otras; así, las puertas ó ventanas de una casa son accesorios de ella, como el timón de un buque es accesorio de él. Las cosas muebles que se encuentran ligadas entre sí pueden ser consideradas la una como principal y la otra como accesorio, arts. 2333 y 2335. La ley 100, § 3, lib. 32. Dig., trae el caso del legado de un vaso de Corinto, en que se consideran como accesorios el pie sobre que está sentado, si es de la misma materia. aunque no esté unido á él, y la l. 17, §§ 5 y 7, tít. 1, lib. 19, Dig., trae otros ejemplos. — Véase FREITAS, art. 369.

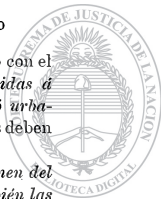
(Art. 2331.) La teoría de que todo lo adherido al suelo de una manera permanente viene á formar parte de él, tiene aquí su aplicación, y en este sentido se puede decir, que siendo el suelo la base sobre que descansan todas las cosas materiales, es el único principal y todo lo demás que se le incorpora por accesión viene á ser accesorio de él. Freitas, art. 376, es más completo cuando dice: «las cosas que están ó *estuvieren* natural ó artificialmente adheridas al suelo ó á las cosas adheridas al suelo por él producidas, son accesorias del suelo.» — Véanse nuestros arts. 1495, 2319, 2328, 2519, 2520, 2571 y 2594.

No se debe confundir lo que es accesorio del suelo con lo que es inmueble, porque los edificios son inmuebles y son accesorios del suelo.

¿Cómo deben estar adheridas las cosas al suelo? Baudry-Lacantinerie y Chauveau (*Bienes*, n° 26), dicen: «comprende ciertamente todas las construcciones adheridas al suelo por cimientos ó por pilotes; todas las que incorporadas al suelo pueden ser consideradas como parte

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2327.—Demolombe, tom. 9, n° 53.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2328.—Maynz, § 118.



su vez esas cosas por su adhesión, vienen á formar un todo con el mismo suelo, de ahí resulta que. *las cosas que están adheridas á las cosas adherentes al suelo, como á los predios rústicos ó urbanos, son accesorias á los predios (art. 2332), y como tales deben considerarse con relación á éstos.*

Son cosas accesorias, como frutos civiles, las que provienen del uso ó del goce de la cosa que se ha concedido á otro, y también las que provienen de la privación del uso de la cosa. Son igualmente frutos civiles los salarios ú honorarios del trabajo material, ó del trabajo inmaterial de las ciencias (art. 2330); por el contrario, los frutos naturales y las producciones orgánicas de una cosa for-

integrante del fundo, poco importa que sean interiores ó exteriores. Así, no solamente las casas de habitación, granjas y almacenes son inmuebles por naturaleza, sino también las construcciones, pozos y galerías». De modo que las construcciones deben presentar como condición indispensable, su adherencia física al suelo, pues si no tuvieren cimientos ó pilotes, se reputarían provisorias, como las casillas de madera y otras construcciones semejantes. — Véase CÓD. CIVIL ALEMÁN, §§ 94 y 95.

(**Art. 2332.**) Como hay cosas que están adheridas al suelo que las ha producido, éstas continuarán siendo accesorias de él, así como las que se le adhieren; pero cuando hubiesen sido adheridas artificialmente, como los predios urbanos, las cosas adheridas serán accesorios de ellos y los predios la cosa principal, aunque éstos, á su vez, continúen siendo accesorios del suelo. — FREITAS, art. 377.

(**Art. 2330.**) Los frutos civiles son: las rentas de la tierra, como el de los predios rústicos ó urbanos; la de los capitales en circulación, el alquiler de los semovientes, rentas vitalicias ó intereses del dinero y finalmente, el trabajo remunerado del hombre bajo cualquier forma que se manifieste, sea material ó inmaterial. Todos estos frutos son accesorios de la cosa que los produce, y como no están unidos á ella, no forman una misma cosa; precisamente la producción los separa de la cosa misma. — Véase MARCADE, al art. 584, y FREITAS, art. 373.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2331.—El que judicialmente ha entrado en posesión del terreno, tiene derecho á percibir los alquileres ó rentas de los edificios que en él existan.—Jur. Civ., XIV, 156, Sér. 4°.



man un todo con ella (art. 2329), confundiéndose en una sola, de modo que no son accesorias.

En las cosas muebles, para determinar cuál es la accesoria y cuál la principal, se debe atender á las reglas siguientes:

1° *Cuando las cosas muebles se adhieran á otras cosas muebles sin que se altere su substancia, serán cosas principales aquellas á que las otras no se hubiesen unido sino con el fin de uso, ornato, complemento ó conservación (art. 2333)*, como el marco que se adhiere al cuadro de pintura para exponerlo.

(**Art. 2329.**) Se distinguen los frutos de los productos. aunque ambos formen un todo con la cosa, mientras están unidos á ella; fruto es lo que la cosa produce regularmente, sin alterar ni disminuir su substancia, sin que para esto se distinga el fruto natural del que se le hace producir por la industria, pues ambos vienen directamente de la cosa, *e ipso corpore rei*; producto es lo que se extrae de la cosa misma, separándose de su todo. Frutos naturales son los que la cosa produce espontáneamente, como la fruta de los árboles, la leche de las vacas, etc.: é industriales son los que vienen por la cultura y el trabajo del hombre. Los frutos forman un todo con la cosa mientras están unidos, pero no cuando se han separado. — Comp. Cód. FRANCÉS, arts. 546 y 547. DEMOLOMBE, IX, n° 577. — Véanse arts. 583, 590, 2314, 2424 á 2426.

(**Art. 2333.**) Freitas, art. 378, exige, además de que las cosas unidas no se alteren en su substancia, la condición de que no puedan separarse, que nuestro Código ha suprimido; pues hay adjunción en ambos casos.

La adjunción supone dos ó más cosas muebles unidas formando una sola, mientras la especificación se opera en una sola cosa transformada por el trabajo del hombre. En la adjunción se concede al dueño de la cosa principal el derecho de tomar el todo pagando la accesoria, aunque

Nota del Dr. Velez-Narsfield al art. 2329.—Más adelante diremos que los frutos no son accesorios de las cosas. Frutos son lo que la cosa regular y periódicamente produce sin alteración ni disminución de su substancia: producto de la cosa son los objetos que se separan ó se sacan de ella y que una vez separados, la cosa no los produce, y que no se pueden separar de ella sin disminuir ó alterar su substancia, como las piedras sacadas de una cantera, ó el mineral sacado de las minas. Ninguna distinción hay que hacer entre frutos y productos en cuanto al derecho del propietario; pero sí en cuanto al derecho del usufructuario, como en adelante veremos.



2° *Si las unas se han adherido á las otras para formar un todo, sin poderse distinguir la accesorio de la principal, se tendrá por principal la de mayor valor. Si los valores fueren iguales, será la principal la de mayor volúmen. Si los valores y volúmenes fueren iguales, no habrá cosa principal ni cosa accesorio (art. 2334).*

3° *Las pinturas, esculturas, escritos é impresos serán siempre reputados como principales, cuando el arte tenga mayor valor é importancia que la materia en que se ha ejercido, y como accesorios la tabla, lienzo, papel, pergamino ó piedra á que se hallasen adheridos (art. 2335);* porque en todos estos casos el trabajo se

puedan separarse, ó cuando son inseparables, el valor de la cosa unida sin su voluntad, arts. 2594 y 2599. En ambos casos la cosa principal será siempre aquella que se ha unido á la otra para adorno, ó modo de usarla, como la piedra engarzada en un anillo. — Comp. Cód. FRANCÉS, art. 577, y MARCADE, á dicho artículo.

Este artículo, como los dos siguientes, han perdido la importancia que tenían en el derecho romano, porque la regla de que en las cosas muebles la posesión vale por título, ha venido á resolver todas las dificultades que ocurrían, con esta accesión de cosas muebles. — Véase BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, *Bienes*, n° 429.

(**Art. 2334.**) Si las cosas no pueden separarse, porque formaren un todo, como el bordado hecho en un vestido, ó porque se confundieren, desapareciendo cada una en su individualidad propia, se atenderá al valor de ellas, y será la cosa principal la que tuviera mayor valor; en su defecto, vendrá el volúmen, y si fueran iguales, cada propietario adquirirá en el todo un derecho proporcional á la parte que le corresponde, art. 2600. — Comp. FREITAS, art. 278, n°s 1 y 4.

(**Art. 2335.**) En la pintura hay adjunción, art. 2594, y cuando la ley declara que es lo principal no ha hecho sino seguir una solución conforme con las leyes romanas. En la escultura hay una transforma-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2334.—Un diamante de precio, engarzado en oro para formar un anillo, constituye la cosa principal y el oro el accesorio. Un galón de oro aunque valga más que el paño á que se ha unido para adorno, es accesorio del paño. Un marco para contener un cuadro, aunque valga más que éste, es accesorio del cuadro, porque ha sido hecho para contener y conservar el cuadro.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2334.—Cód. Francés, arts. 567 y siguientes.—Cód. Italiano, art. 465.



reputa como el objeto que se ha tenido en mira al ejecutar el acto. Estos casos se pueden tomar como ejemplos, y se aplicarán á los análogos.

§ 646.—DE LAS COSAS INALIENABLES

La ley, por consideraciones de orden público, y teniendo en vista intereses superiores, prohíbe muchas veces la enajenación de ciertas cosas, sacándolas así del comercio de los particulares, ó sólo la permite en determinadas condiciones, llenando ciertas formalidades, como sucede con la venta de las substancias venenosas de uso en la farmacopea; pero en general, *están en el comercio todas las cosas cuya enajenación no fuere expresamente prohibida ó dependiente de una autorización pública (art. 2336)*; así

ción, art. 2367, en el verdadero sentido jurídico, y colocando al trabajo realizado como cosa principal se ha obedecido á una necesidad sentida en el estado de nuestra civilización. La obra de arte, que es una creación del artista, toma el lugar de cosa principal, como la escritura del hombre con relación al papel que la contiene. — Comp. DEMOLOMBE, X, n° 194. FREITAS, art. 4207.

(**Art. 2336.**) Las cosas, por el solo hecho de existir, pueden entrar en el comercio en general, son el resultado de la actividad humana: ó una prolongación del mismo individuo. Sólo tienen estos límites: que sean apropiables, que tengan una medida de valor económico ó permutable, y que la ley, por consideraciones de orden público, no haya prohibido su enajenación, ó determinado el modo como pueden ser adquiridas. Así, el aire y la luz, que son una condición de nuestra vida, no son apropiables ni tienen medida de valor. Sin embargo, los componentes de ese mismo aire, lo mismo que los de la luz, pueden ser objetos del

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2335.—Demolombe, tom. 10, n. 154 y siguientes.—Duranton, tom. 4, n° 437.—En contra, L. 37, Tit. 28, Part. 3ª.—Instit., Lib. 2, Tit. 1, § 33.—La Ley Romana sólo por una excelencia del arte, hacía excepción de la pintura, § 34. En cuanto á la escritura, declaraba que si alguno hubiese escrito en papel ajeno un poema ó una historia, por excelente que fuese la obra, el papel era lo principal, lo escrito lo accesorio y la obra pertenecía al dueño del papel. L. 9, Dig. *De adq. rer. dom.* Nosotros consideramos que el papel y la tela son hechos para el uso de la escritura ó de la pintura; y no la escritura ó la pintura para el uso del papel ó de la tela.



es que pueden enajenarse todas las cosas, excepto las que estuviesen afectadas á usos públicos; pero sólo mientras se conservaren en dicho uso, y las que fueren prohibidas por la ley.

Las cosas están fuera del comercio, ó por su inenajenabilidad absoluta ó por su inenajenabilidad relativa (art. 2337, 1ª parte), según la naturaleza y objeto á que estén destinadas; teniéndose presente que cuando se dice: son absolutamente inenajenables (art. 2337, 2ª parte) no se debe tomar en el sentido literal de la expresión; porque la misma ley puede ponerlas en el comercio, sea permitiéndolo, sea cambiando el objeto á que estaba destinada.

Son inalienables:

1º *Las cosas cuya venta ó enajenación fuere expresamente prohibida por la ley (art. 2337, nº 1); así es que ésta puede conver-*

comercio; del mismo modo, el mar no es apropiable, pero lo son sus componentes.

Cuando se habla de *cosas*, se entiende en el sentido de todo lo que tiene valor apreciable, sea material ó inmaterial. La ley ha prohibido la enajenación de ciertas cosas, sacándolas así del comercio de los hombres; en esos casos no pueden ser objeto de transacciones de ningún género y se dice que están fuera del comercio. — Comp. FREITAS, art. 384. — Véanse arts. 844, 891, 953, 1167, 1327, 1501, 2261, 2338, 2459 y 2604.

Las cosas pueden estar fuera del comercio, sea por su *naturaleza* misma, cuando son inapropiables, como el aire y la luz, ó por su *destino*, como las cosas que forman parte del dominio público, como las plazas, calles, ríos navegables, etc. Pueden estar fuera del comercio, por consideraciones de orden público, como en los casos en que el poder público interviene en la venta de substancias venenosas, reglamentando la forma en que debe hacerse y determinando las condiciones que deben llenar las personas que las realizan. « Las funciones públicas están fuera del comercio. . . Las funciones públicas suponen una delegación del poder público. » — BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, nº 249.

Todos los empleos que no constituyen una función pública están en el comercio y pueden ser objeto de un contrato; así, sería válido el convenio celebrado entre dos personas donde la una abandonase ó renunciase á continuar en el empleo, para que el otro lo tomase.

(Art. 2337, nº 1.) Las cosas susceptibles de apropiación son las únicas que pueden ponerse fuera del comercio, pues las que no lo son,



tir en inalienables las cosas que antes no lo eran, sea respetando los derechos adquiridos, sea ordenando se proceda á su expropiación.

2º *Las cosas cuya enajenación se hubiere prohibido por actos entre vivos ó disposiciones de última voluntad, en cuanto este Código permita tales prohibiciones* (art. 2337, nº 2) y en la medida que él las consienta; porque los particulares no tienen bas-

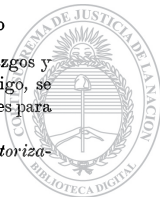
lo están de una manera permanente. La inalienabilidad absoluta existe mientras dure el destino que se ha dado á las cosas, pero desaparece desde el momento que éste cambia.

Se deben distinguir los bienes públicos del Estado general, que en realidad no están en el patrimonio de nadie, porque su uso pertenece á todos, de aquellos que son susceptibles de un dominio privado del mismo Estado.

Los bienes públicos del Estado no son susceptibles de prescripción, pero sí los privados. Son inalienables: la herencia futura, los alimentos, montepíos, etc.; los derechos ó facultades que la ley confiere y que no son bienes, como el poder marital, la tutela, etc., están igualmente fuera del comercio.

Hay cosas que pertenecen al uso público y que la ley puede sacarlas de él, como las calles y plazas públicas, que sólo son inalienables mientras están destinadas á ese uso. Hay otras de uso privado de la Nación ó de las Provincias que están en el comercio y que pueden ser objeto de contrato llenando las condiciones impuestas por las leyes para disponer de ellas, como las tierras públicas, los bienes que no tienen dueño, etc. — Véase FREITAS, art. 385. — AUBRY y RAU, § 171, y MOLITOR, *Possession*, nº 83.

(Art. 2337, nº 2.) Los particulares pueden imponer condiciones en las enajenaciones, impidiendo la transmisión del bien que traspasan. Cuando esa condición fuera el resultado de un contrato, en que se prohibiera la enajenación á determinada persona, art. 1364, el adquirente puede, no obstante, hacerlo y la enajenación será válida, sin perjuicio de responder por el acto; si la prohibición fuera general, no tendrá valor alguno. Cuando la prohibición viniese de una donación ó testamento, será válida durante diez años, desde que la donación se efectuó ó desde el fallecimiento del testador en el segundo caso, y cualquiera enajenación que se hiciera durante ese término será de ningún valor, art. 2613, — Véase FREITAS, art. 385, nº 2. — Comp. arts. 1364, 2612, y 3781.



tante poder para sacar las cosas del comercio. Los mayorazgos y las vinculaciones abolidas por las leyes anteriores al Código, se fundaban en la facultad que la ley confería á los particulares para imponer la no enajenación.

Son relativamente inenajenables las que necesitan una autorización previa para su enajenación (art. 2338).

(**Art. 2338.**) La manera general con que está redactado el artículo comprende todas aquellas cosas y bienes que necesitan autorización previa para enajenarse. El menor que enajena sus bienes sin autorización del tutor; éste que enajena los raíces del menor sin autorización del juez, vienen á quedar comprendidos en la generalidad de la expresión. Así lo entiende Freitas, art. 386, cuando comprende los bienes nacionales, los provinciales, los municipales, los de las órdenes religiosas, los bienes de los incapaces y los de las iglesias, á los que podemos agregar, las cosas que no pueden ser vendidas sino bajo ciertas formalidades, como las sustancias venenosas ó cosas semejantes. — Véanse arts. 434, 1501, 2336, 2344 y 2345.

CAPÍTULO ÚNICO

DE LAS COSAS CONSIDERADAS CON RELACIÓN Á LAS PERSONAS

§ 647.—BIENES PÚBLICOS DE LA NACIÓN Ó DE LAS PROVINCIAS

Los Estados poseen ciertos bienes, cuyo uso destinan al servicio y provecho de todos los habitantes; otros que no pudiendo ser apropiados sino en cierta medida, y para objetos determinados por la naturaleza misma de las cosas, sólo pueden ser empleados por la generalidad; á esta clase de cosas el Código las denomina bienes públicos con relación á las personas que deben usarlos: así, dice el **art. 2339**, 1ª parte: *Las cosas son bienes públicos del Estado general que forma la Nación, ó de los Estados particulares de que ella se compone, según la distribución de los poderes hecha por la Constitución Nacional.*

Cuando los bienes que posee el Estado se encuentran afectados al servicio público, que él mismo hace, ó cuando forman el Tesoro de la nación ó de las Provincias, se llaman entonces *bienes privados del Estado general ó de los Estados particulares* (**art. 2339**). Vamos á tratar de los bienes públicos.

(**Art. 2339.**) Nuestro gobierno federativo parte de la unidad nacional, que considera á la Nación Argentina como única é indivisible, y por eso es que la Constitución Nacional sólo distribuye las jurisdicciones que deben ejercer cada uno de los poderes en que se divide. No es, pues, la unión de Estados soberanos, en el verdadero sentido de esta palabra, sino la distribución de poderes dentro de un mismo territorio. De ahí es que las Provincias, en su capacidad política, no ejerzan verdadera soberanía, pues que aun para dictarse sus Constituciones deben sujetarse á la Constitución Nacional. No hay sino una soberanía en la Nación y ésta





Las cosas que por su propia naturaleza se encuentran destinadas al uso común de todos los hombres, no son susceptibles de posesión exclusiva, y por consiguiente no pueden ser objeto del derecho de propiedad; entre éstas se encuentra el aire, la luz, el mar, etc.

Las cosas que pueden ser apropiadas, no por eso tienen un propietario, aunque según nuestro Código debe serlo la Nación ó la Provincia, en los casos de abandono voluntario, ó cuando las cosas no tienen dueño conocido.

Entre los bienes que comprende el dominio público se debe hacer esta distinción: cosas que son entregadas por completo al uso de todos; cosas, que permaneciendo bajo la dirección y propiedad del Estado, son sin embargo, afectadas á un servicio de utilidad general.

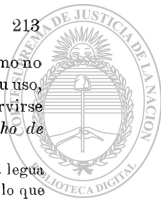
Entre las primeras se encuentran los siguientes, que *son bienes públicos del Estado general ó de los Estados particulares* (art. 2340, 1ª parte):

1º *Los mares adyacentes al territorio de la República, hasta la distancia de una legua marina, medida desde la línea de la más baja marea* (art. 2340, n° 1, 2ª parte), y que por la naturaleza

reside en el pueblo que la forma, fuente de todo poder y autoridad. En la distribución que la Constitución ha hecho de esos poderes, ha puesto bajo la autoridad nacional todas aquellas cosas que eran necesarias para su existencia, como nación soberana, y ejerce sobre ellas una jurisdicción que no puede sufrir control de poder alguno. Pero fuera de esos bienes, que pertenecen al pueblo de la Nación, hay otros que ha puesto bajo la salvaguardia y administración de cada Provincia.

Son bienes privados de la Nación ó de las Provincias los que éstas adquieren para las necesidades de la administración, ó los que reciben por donación ó quedaren vacantes. La Nación y las Provincias, como poseedoras de bienes que no son del dominio público, lo son en su carácter de personas jurídicas, y están sujetas á las leyes generales, con excepción de la Nación, que no puede ser demandada sin su consentimiento, pero pueden serlo los particulares que la representan. Cuando se dice que las cosas son bienes públicos, se toma la palabra *cosa* en un sentido lato.

(Art. 2340, n° 1.) Los mares adyacentes al territorio de la Nación no pueden pertenecer á las Provincias, porque á ellas no les corresponde



misma no puede ser apropiada por persona alguna; pero como no se puede dejar á los particulares la absoluta libertad para su uso, la autoridad debe intervenir reglamentando el modo de servirse de él; por eso dice el **art. 2340**, n° 1, 3ª parte: *el derecho de*

la defensa nacional; pero el artículo señala la distancia de una legua marina, siguiendo al Cód. Chileno, art. 593, cuando en realidad lo que está bajo su guarda, con los cañones de sus costas, es todo el territorio que puede dominar desde éstas. Por eso Freitas, art. 328, dice con razón: «en aquella distancia cuanto alcanzare un tiro de cañón».

Los mares que son comunes á todas las naciones del globo no pueden ser apropiados en realidad, aun en aquella parte que sea necesario para la salvaguardia de la nación; pero sí impedir que otra nación venga á ejercer jurisdicción. La Inglaterra ha pretendido la propiedad del mar hasta 4 leguas marinas de la costa, como habría podido pretender más, sosteniéndolas con sus escuadras; pero esto no es una propiedad, que se distingue esencialmente por el ejercicio estable y permanente de su derecho sobre la cosa sometida á nuestro dominio. Eso lo ha comprendido nuestro Código, y sólo ha atribuido á la nación la vigilancia para la observación de las leyes fiscales.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2340, n° 1.—Cód. de Chile, art. 593.—*Kent's Commentaries*, Lecc. 2, n° 29 y 30. La Inglaterra, según este autor, ha sostenido siempre su dominio en los mares territoriales, hasta la distancia de 4 leguas marinas.

N° 3º Véase L. 6, Tit. 28. Part. 3ª.—La L. 5, Tit. 17. Lib. 4, Rec. de Indias, declara que los montes, pastos y aguas en América que no están concedidos á particulares, son cosas comunes á todos. Solórzano en el Libro 6. Capítulo 11, dice que el Rey de España se reservó siempre en América el dominio de los ríos como el dominio de las tierras. La Ley Romana decía: *Flumina pene omnia publica sunt*. La palabra *pene* es la que ha traído las diversas cuestiones entre los comentadores. Merlin, *Repert. verb. Rivière*, § 2; Proudhon, *Dominio Público*, tomo 3, n° 938, y Foucart, *Derecho Administrativo*, nos dicen que antes del Código Francés los ríos no pertenecían á los ribereños, como en él se declaró. En la mayor parte de los Reinos de España, los ríos siempre han sido del dominio público.—Goyena, art. 386. Podemos decir que todos los ríos navegables ó no, son de la mayor importancia por la multitud de usos necesarios á la vida, á la industria y á la agricultura, que puede hacerse de sus aguas, y que es conveniente á la paz, á los intereses generales, que el Estado sea el único propietario y regulador del uso de ellos.

N° 4º LL. 96 y 112, Dig. *De verb. signific.*—Demolombe, tomo 9, n° 457, letra C.—Merlin, *Quest. verb. Rivage de la mer*.—Cód. Francés, art. 540.

N° 6º Cód. Francés, art. 560.

N° 7º Cód. Francés, arts. 538 y 540.—Cód. Italiano, art. 427.—Demolombe, tomo 9, n° 457.



policia (tratándose del mar) para objetos concernientes á la seguridad del país y á la observancia de las leyes fiscales, se extiende hasta la distancia de cuatro leguas marinas medidas de la misma manera.

2º *Los mares interiores, bahías, ensenadas, puertos y ancladeros (art. 2340, n° 2), que no pueden emplearse en otros usos que en la navegación, pesca y cosas semejantes.*

3º *Los ríos y sus cauces y todas las aguas que corren por cauces naturales (art. 2340, n° 3), en cuanto se consideran como*

(**Art. 2340, n° 2.**) No existen mares interiores en la verdadera acepción de la palabra; y sólo si algunas grandes porciones de agua en el territorio de algunas Provincias, que vienen á estar bajo su jurisdicción; pero si con el tiempo ó el trabajo de los hombres fueran navegables, caerían bajo la jurisdicción de la Nación en lo que se refiere á la navegación, sin alterar la propiedad provincial.

Los puertos y ancladeros corresponden exclusivamente á la jurisdicción nacional, que tiene á su cargo la navegación y es la única que puede crearlos ó suprimirlos.

(**Art. 2340, n° 3.**) Freitas, dice: ríos *navegables*; pero nuestro artículo no hace distinción, comprendiendo todos los ríos. Generalmente se entiende por río una gran corriente de agua que va á desembocar en el mar ó en otro río, lo que lo diferencia de los arroyos, que son poco caudalosos y se pierden en la llanura. Se debía reservar el nombre de río para las corrientes de agua que sean navegables, aunque con dificul-

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2340.—Las aguas del río de los Valles en la Provincia de Salta, están en la clase de bienes públicos y ninguno de los propietarios ribereños tiene el uso exclusivo de ellas, ni un derecho absoluto de propiedad sobre el río.—XVI, 258.

Las aguas que corren por los cauces naturales de los ríos, son bienes del dominio público que no pueden enajenarse en todo ó en parte; y su uso no se halla subordinado á las reglas que dicte la administración ó la policía local.—XXX, 443.

Todo lo concerniente á la apertura, delineación y conservación de calles y caminos provinciales y vecinales, corresponde esencialmente al régimen interno de las Provincias y es de su exclusiva competencia.—IX, 277.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2340.—Para que el terreno acrecentado por aluvión sea del dominio público, debe justificarse plenamente que su formación es posterior á la promulgación del Código Civil, pues por las antiguas leyes correspondía al propietario ribereño.—Jur. Civ. II, 63. Sér. 3º.

corrientes de agua que se renuevan incesantemente y cuya apropiación particular no es posible.

4° *Las playas del mar y las playas de los ríos navegables en*

tad. Los ríos de algunas Provincias son más bien torrentes, cuyo principal alimento viene de las lluvias ó del deshielo; pero como el agua es permanente y continua, se les da el nombre de ríos. Por la legislación romana todas las aguas corrientes eran de uso público. Que el río que atraviesa una provincia para desembocar en otra no puede ser de propiedad particular, no quiere decir que la Nación ó la Provincia sean dueños del terreno que abandona el agua en su constante evaporación y que viene á formar el aluvión, acreciendo los terrenos riberaños, lo que es justo y legítimo, por otra parte, cuando se trata de ríos no navegables, art. 2572. No pueden considerarse como ríos las vertientes que nacen y mueren dentro de la misma heredad, y que forman lagunas ó pequeños lagos, siempre que no sean navegables por buques de más de cien toneladas, art. 2340, n° 5, y 2350.

Cauce ó lecho de un río es la porción de tierra que ocupan las aguas, comprendiendo las orillas hasta donde llegan las más altas aguas en su estado normal y sin desborde. Ribera es la línea hasta donde van las aguas del río en su estado ordinario, y por extensión se llama á esa pequeña porción de tierra que abandonan y vuelven á tomar. La ley romana dice: «se entiende por ribera lo que contiene el río en el estado natural de sus más grandes aguas, l. 3, § 1, tit. 12, lib. 43, Dig.» Así es que la *ribera* es una línea y la *playa* una extensión de tierra que toman las olas del mar en sus más altas mareas y que dejan al retirarse. *Margen* es un equivalente de ribera, y Freitas, art. 328, n° 4, dice: «los ríos navegables y también sus márgenes en cuanto sean necesarios para el uso de la navegación».

El Dr. Llerena, después de admitir que pertenecen al dominio público todos los ríos, aunque no sean navegables, en lo que estoy conforme, agrega: «pero las riberas de los ríos que no son navegables no pertenecen al Estado»; lo que no está conforme con los principios, desde que la ribera es la línea que limita el mismo río y lo contiene, y en seguida agrega: «las costas de los ríos no navegables no pertenecen al Estado». Se confunden, á mi juicio, las palabras riberas, costas márgenes, que son líneas de delimitación del río con los terrenos que tocan el mismo río y con los que nada tiene que ver el Estado. Se involucra con frecuencia la playa con la ribera, y por eso se cree que el art. 2639 viene á fijar lo que se entiende por playa de río navegable,





cuanto su uso sea necesario para la navegación; entendiéndose por playas del mar la extensión de tierra que las olas bañan y desocupan en las más altas mareas, y no en ocasiones extraordinarias de

cuando tenemos la definición en el n° 4 y en el art. 2577. Lo que se establece en aquel artículo es simplemente un límite al dominio particular para que no se estorbe la navegación, es una ley de orden público, contra la que no se puede alegar un derecho adquirido, sin que pueda privarle de la indemnización; pero el colindante con un río navegable que ha dejado los 35 metros de *calle ó camino*, y no de playa, no adelantará su cercado á medida que el río se retire ni adquirirá el terreno (por aluvión) que vaya dejando al retirarse, formando una nueva ribera, art. 2572, lo que no creo justo.

El Dr. Segovia encuentra una inconsecuencia, en que perteneciendo el lecho del río no navegable al dominio público, no le pertenezca el terreno que éste abandona; observación que sería exacta tratándose de cosas que son de propiedad particular; pero como el agua corriente, en su constante movilidad, no es susceptible de una ocupación exclusiva, y como la naturaleza la ofrece á todos para la satisfacción de sus necesidades, de ahí es que ha sido necesario considerarla como un elemento diferente del terreno que ocupa, entregándola al Estado para que reglamente su distribución, á fin de que las industrias sean auxiliadas por las poderosas fuerzas que encierran; es por esa razón que cuando el río no navegable se estrecha por su constante evaporación ó por la obstrucción de sus vertientes, los terrenos colindantes adquieren el terreno que deja. No sucede lo mismo en los ríos navegables, sin embargo de que el Cód. Francés, art. 556, y los que lo han seguido declaran que el aluvión en los ríos navegables es de propiedad particular con la obligación de sujetarse á los reglamentos, lo que está conforme con la razón y la justicia, porque si es propietario del cauce es porque éste necesita estar en manos del Estado, para que no se impidan las comunicaciones, y no con el objeto de que se apropie lo que el río dejare en su evaporación.

El Cód. Francés, art. 538, hace la distinción que nuestro Código ha suprimido entre gran río, ó río navegable ó flotable. Y los autores franceses aún distinguen dos modos de flotación: la que se hace con balsa ó maderas unidas que pueden ser conducidas, y la que tiene lugar soltando los trozos de madera para que los lleve la corriente, no reconociendo como ríos sino á los que permiten la conducción de balsas, según la ley francesa de Abril 15 de 1829. — Comp. BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUCHEAU, n° 174.

tempestades (art. 2340, n° 4), aunque pueden ser ocupadas por la Nación para el servicio público.

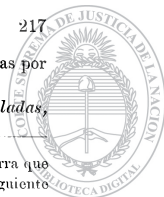
5° *Los lagos navegables por buques de más de cien toneladas,*

(Art. 2340, n° 4.) Las playas del mar son la extensión de tierra que las olas bañan y desocupan en las más altas mareas, y por consiguiente los ríos que no sufren la influencia del mar no pueden tener playas, á menos que por analogía no tenemos como tal la tierra que ocupan en sus crecientes ordinarias y periódicas y la que vuelvan á desocupar. No teniendo pues los ríos flujo y reflujo como el mar, no pueden tener playas en el sentido del Código. «La ribera del mar se cuenta á partir del lugar en que deja de llevar su flujo en las más altas mareas,» dice la l. 96, tít. 16, lib. 50, Dig., y es ese lugar el que declara público la ley 112, título y libro citado Así, creo que por excepción los ríos tendrán playas.

Téngase presente que el terreno declarado de uso común y como de propiedad pública de la Nación es el que bañan las olas, así como lo dejado por el mar al retirarse y que no es bañado por las más grandes mareas. El Dr. Segovia dice «que la *playa es la ribera* ó margen plana ó casi plana de un mar», mientras el Dr. Llerena afirma que la ribera ó playa de un río es una cosa y otra su cauce y alveo, para agregar más adelante, que las *playas ó riberas* de los ríos no navegables pertenecen á los propietarios ribereños, y que las de los ríos navegables pertenecen al Estado. Esta confusión desaparece si atendemos á que la ribera de un río es la línea que limita las aguas en su estado ordinario, y que si no tiene flujo ó reflujo no puede tener playa; y que se entiende por playa, no la ribera, que es la línea de las más altas mareas, sino el espacio que queda entre esa ribera y las más bajas aguas. Las palabras costas, márgenes, riberas, orillas, tienen un mismo significado y se refieren á la línea hasta donde vienen las aguas: en los ríos, hasta donde llegan sus más altas aguas, y en los mares hasta donde llegan las más altas mareas.

Lo que es del Estado ó de uso público en los ríos, son los ríos mismos; si son navegables, los propietarios colindantes deben dejar una calle ó camino de 35 metros, art. 2639, lo que demuestra que no tienen playas, mientras no existe esa obligación en los limitrofes con el mar porque la playa corresponde al Estado.—Comp. AUBRY y RAU, § 169, nota 4, y § 203, nota 3. DEMOLOMBE, X, n° 46.

Freitas, art. 328, n° 3, agrega: «salvo los derechos de propiedad particular ya adquiridos», y así debe considerarse, porque nadie puede ser privado de su propiedad sin expropiación ó indemnización.—Véanse mis notas 2094 y 2340, n° 6.





y también sus márgenes (art. 2340, n° 5), en cuanto al derecho de reglamentar la navegación, porque no son susceptibles de apropiación particular.

6° *Las islas formadas ó que se formen en mar territorial ó en toda clase de ríos, ó en los lagos navegables* (art. 2340, n° 6);

(Art. 2340, n° 5.) Si el lago estuviera en comunicación con el mar y sufriera el flujo y reflujo de éste, tendría playas y no habría necesidad de un camino como el que se debe dejar á la orilla del río navegable; pero no teniendo playa y sirviendo de comunicación entre varias regiones, deberá observarse lo establecido por el art. 2639. Freitas, dice: «las lagunas ó lagos navegables», y así debe entenderse. Las playas de los lagos que pertenecen al Estado, se componen, como en los ríos de la parte que toman las aguas cuando están más altas y las que desocupan cuando están bajas; las riberas ó márgenes lo forman la línea en sus más altas aguas en el estado ordinario. No veo la razón por que el Estado deba tomar como suyo lo que pertenece á particulares á quienes lo ha enajenado. Debe procederse en todo caso á su expropiación.

(Art. 2340, n° 6.) Los ríos, de cualquier clase que sean, son de propiedad pública de la nación, y por consiguiente, lo serán las islas que se formen en el interior de ellos. Esas islas dejarán de serlo, desde que estén unidas permanentemente por alguna parte á los terrenos limítrofes al río, y en su consecuencia pertenecerán por aluvión á los dueños de éstos, si los ríos no son navegables. Son propiedad pública porque sirven para las necesidades de la navegación.

Si antes de la publicación del Código hubieren sido enajenadas á particulares, como ha sucedido con las donaciones que se hacían á nombre de los reyes de España, que comprendían los ríos, quedarán sin efecto, porque nadie adquiere derechos contra leyes de orden público. La ley por su propia autoridad las ha sacado del comercio. La mayor parte de las ventas que se hacían antiguamente de terrenos colindantes con los ríos, eran hasta su mitad (lengua del agua), y sin embargo, viene una ley de orden público, que no sólo les priva de ejercer dominio sobre el río, sino que les obliga á dejar un camino de 35 metros contiguo á la ribera sin indemnización alguna. ¿Es esto una confiscación? Así parece á primera vista, y por eso creo que habría lugar á una indemnización por parte del Estado. No se trata de facultades que el legislador puede limitar, ni de modos de ejercer el dominio que puede modificar, sino de la privación total del derecho adquirido. La ley de orden público puede limitar el uso que perjudica á la comunidad, pero no privar del derecho



entendiéndose que la Nación ha cedido á las Provincias el uso de las islas que se encuentran en los ríos que las limiten, y éstas á su vez han cedido á las municipalidades la administración de las que se hallen situadas frente á las ciudades.

7º *Las calles, plazas, caminos, puentes y cualesquiera otras obras públicas, construidas para utilidad ó comodidad común* (art. 2340, nº 7); teniendo presente que estas cosas sólo son públicas mientras se mantengan en el uso que se les ha dado; pero una vez que se haya cambiado, pueden ser susceptibles de apropiaciones privadas; como una plaza que deja de serlo, puede enajenarse por el Estado.

Los bienes que acaban de enumerarse, pueden ser usados por todos los habitantes de la República, y por eso dice el **art. 2341:**

sin una justa indemnización. Tomando el artículo en otro sentido sería inconstitucional: nadie puede ser privado de su propiedad sin una justa indemnización.—Véanse mis notas 2094 y 2340, nº 4.

(**Art. 2340, nº 7.**) Las cosas toman el carácter de comunes, cuando están destinadas al uso público gratuito; en este sentido se dice, que son bienes públicos del Estado, las calles, plazas, caminos, etc., mientras estén afectadas á este servicio, y es la idea que ha servido de base á la distribución hecha por el Código. Pero algunos autores enseñan, que no es sólo el uso común gratuito las que les da ese carácter, sino el destino consagrado al interés general de la nación, de su seguridad y medios de defensa; porque entonces las cosas sirven á todos, como las fortificaciones y plazas de guerra, que nuestro Código clasifica entre los bienes privados del Estado, art. 2342, nº 4, con cuya doctrina no estoy conforme, porque si prestan un servicio gratuito no son de uso común. Los puentes que son de uso público, ligando partes importantes del territorio y cuyo peaje es gratuito, están en la categoría de bienes públicos; pero si se pagara peaje ó pontazgo, serán bienes privados del Estado, art. 2342, nº 4.

Las cosas públicas conservan su carácter de tales, mientras están afectadas al servicio á que se las hubiere destinado, siendo imprescriptibles desde que están fuera del comercio, pero pierden ese carácter, si se les cambia el destino.

(**Art. 2341.**) El uso público que se concede en las cosas comunes es lo que ha influido para no considerar como tales á las fortalezas, plazas de guerra y cosas semejantes, porque en realidad, si es cierto que



las personas particulares tienen el uso y goce de los bienes públicos del Estado ó de los Estados, pero estarán sujetas á las disposiciones de este Código y á las ordenanzas generales ó locales, que determinarán la forma y modo de ejercitar estos derechos.

§ 648.—DE LOS BIENES PRIVADOS DE LA NACIÓN Ó DE LAS PROVINCIAS

Las cosas susceptibles de propiedad y que forman el patrimonio, pueden pertenecer á la Nación, á las Provincias, á las Municipalidades ó á los particulares.

Son bienes privados del Estado general ó de los Estados particulares (art. 2342):

prestan un servicio común, como es el de la seguridad de la Nación no son para el uso de todos. Mientras las cosas comunes lo sean por su destino, servirán para todos; pero como no es un derecho adquirido por los particulares, sino una facultad concedida por la ley, ésta puede modificarla ó privar de ella cuando así convenga á los intereses generales. De ahí es que el goce concedido es esencialmente temporario. El derecho de uso que se concede en las cosas comunes está sujeto á los reglamentos que la autoridad competente puede dictar, restringiéndolo ó determinando la manera de usarla, pero no puede prohibir su uso mientras una ley no los haya sacado del uso público.—Comp. Cód. de Chile, art. 598, y DEMANTE, al art. 543, n° 378, *bis*, III.

(Art. 2342.) El Estado tiene bienes que no están afectados al servicio de todos, y que sólo son necesarios para la administración pública ó que adquiere porque se encuentran sin dueño. En esos bienes ejerce los mismos derechos que los particulares, y como persona jurídica puede

Nota del Dr. Velaz-Sarsfield al art. 2341.—LL. 6, 8 y 9, Tit. 28, Part. 3ª.—El simple derecho de goce es esencialmente temporario; la existencia á perpetuidad de un derecho tal, no sería una simple modificación sino una verdadera destrucción de la propiedad. La concesión perpetua del goce, debe ser considerada como una enajenación completa.—Véase Demante, n° 378 *bis*, § 3.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2341. — El uso que el Estado concede de bienes de dominio público, es revocable por él mismo, en la época y forma que lo considere necesario, sin que el usuario pueda alegar, contra la resolución, derechos posesorios, ni interponer recursos que tengan por base la posesión.—Jur. Civ., IV, 320, Sér. 6ª.



1° *Todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales de la República, carecen de otro dueño (art. 2342, n° 1);* porque como señor del dominio eminente, y teniendo en

disponer de ellos con arreglo á las leyes especiales que determinan la forma de la enajenación.

(Art. 2342, n° 1.) La conquista de esta parte de América y la distribución de los territorios que se descubriesen establecido por la célebre cédula del Papa Alejandro VI, entre el Portugal y España, entregó á ésta el dominio de toda esta parte de América. Por eso los reyes de España concedían á los Adelantados el dominio de todos los territorios de que tomasen posesión, conservando el soberano ciertos derechos, no sobre el territorio mismo sino sobre lo que produjesen y la manera de transmitirlo. Suprimidos los Adelantados conservaron los reyes de España el dominio de todo lo descubierto, y en su nombre se ha hecho la distribución de la tierra, donándola por servicios hechos á la Corona ó enajenándola.

Declarada la independencia, la Nación sucedió á la corona española, pero al constituirse en Provincias federadas, la Constitución Nacional las reconoció como á dueñas de su territorio, dentro de los límites que se habían trazado. Este es el origen de la propiedad que las Provincias tienen sobre la tierra que no se ha enajenado, y el que ejerceita la Nación en los territorios federales. Por eso se dice, impropriamente, que las tierras que no tienen dueños son propiedad de la Nación ó de las Provincias, según su situación. No creo, por esa razón, como el Dr. Molina Arrotea (IV, pág. 70) de sus fallos ade que la Nación ó la Provincia, si

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2342.—Proudhon. Dominio público, n° 1. N° 2° L.L. del Tit. 19, Lib. 4. Recop. de Indias, en contra, L.L. 1 y 3.—Cód. Romano, *De metall. et metall.*—Véase Demolombe, tomo 9, n° 647.

N° 3° L.L. del Tit. 22, Lib. 10, Nov. Rec.—Véase Demolombe, tomo 9, n° 458 bis.

Fallos de la S. C. N.—*Aplicación del art. 2342.*—Reclamado un terreno en virtud de título expedido por el Gobierno de la Provincia, y oponiéndose por el demandado que él es dueño de dicho terreno por razón de título legítimo y de prescripción, queda fuera de discusión la legitimidad del título del demandado, y solamente pertenece al juicio el examen de la eficacia del título y de la prescripción opuesta por el demandado.—LL. 125.

Fallos de la S. C. N.—*Aplicación del art. 2342.*—Extinguido un convento nadie puede tomar su representación para reivindicar sus bienes.—XVI. 43.

El Gobierno Nacional no puede ser privado por los Tribunales, de bienes que posee sin su consentimiento y audiencia en forma.—XVI. 43.



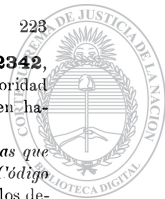
cuenta que todo el territorio ha sido enajenado por la Nación ó Provincia, según el caso, vuelven, por decirlo así, los que han sido abandonados por sus dueños, y los que no han salido aún de su dominio, le corresponden, desde que ningún particular pueda exhibir un título de adquisición.

2º *Las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas y substancias fósiles, no obstante el dominio de las corporaciones* (personas

pretende reivindicar bienes poseídos por terceros, tienen que justificar su derecho de dominio sobre ellos como un simple particular»; porque eso es desconocer el derecho adquirido por la conquista. No, la Nación, ni la Provincia, tienen título escrito de transmisión, á no ser la célebre cédula de la referencia, atribuyéndoles la propiedad de lo descubierto; su verdadero título es, pues, la posesión adquirida por la conquista. Sostener la teoría contraria, sería admitir que los particulares pueden ocupar la tierra pública que no les podrá ser reclamada porque la Nación ni las Provincias tienen títulos escritos que presentar. Se confunde en esta parte la posesión con la propiedad; el que posee por un año no tiene que dar razón de su posesión, posee porque posee; pero esto no importa decir que no tengá que dar razón de su propiedad cuando el Estado la reclama por reivindicación; el poseedor que alega ser propietario debe presentar título.

En general existe una gran diferencia entre el dominio y la propiedad, pero nuestro Código considera ambos términos como equivalentes.

Entre los romanos el primer modo de adquirir, que se refiere á los tiempos de la conquista, era el *mancipium*, que viene de *manu capere* y tenía lugar por medio de la fuerza, el botín de la guerra era el medio por excelencia; pero cuando la familia social se organizó, vino el *dominium*, que se concentró en cada casa, *domus*, y se atribuyó á cada familia reposando sobre la cabeza del jefe de ella; ninguno otro podía ser propietario, pues todas las personas que constituían la familia se absorbían en la del jefe; finalmente, apareció la *propiedad*, como la fórmula más adelantada, entonces se reconoció la personalidad de los miembros de la familia, con una autonomía propia; el derecho de propiedad viene á ser individual, y se expresa por una palabra gráfica que la caracteriza en sus efectos: *proprietas*, donde cada individuo se apropia la cosa y la hace *propia* con independencia del jefe de la familia. — Véase ORTOLAN, *Generalización*, nº 220.



jurídicas) *ó particulares sobre la superficie de la tierra* (art. 2342, n° 2); porque tratándose de substancias especiales, la autoridad debe velar por medio de leyes *ad hoc*, el modo cómo deben hacerse las concesiones para extraerlas.

3° *Los bienes vacantes ó mostrencos, y los de las personas que mueren sin tener herederos, según las disposiciones de este Código* (art. 2342, n° 3); teniendo facultad la ley para limitar los derechos *ab intestato*, que se fundan en una voluntad presunta del difunto; pero no puede restringir el derecho del propietario, sino en los casos de un interés superior, y sólo con relación á determinadas personas á quienes los declara herederos forzosos.

(Art. 2342, n° 2.) El Cód. de Minería reconoce tres categorías de minas; unas que pertenecen exclusivamente al Estado, y son las de oro, plata, platino, mercurio, cobre, hierro, plomo, estaño, zinc, níquel, cobalto, bismuto, manganeso y antimonio; los combustibles hulla, lignito, autracita, betunes y aceites minerales; el arsénico y las piedras preciosas; otras que perteneciendo al Estado, el propietario del suelo tiene un derecho preferente para su explotación, como las del art. 2°, n° 4; y finalmente, en otras que pertenecen únicamente al propietario, que son las de naturaleza pétreo ó terrosa ó de las materias que en general sirven para construcción y ornamento, y cuyo conjunto forman las canteras; es sin duda á éstas que debemos aplicar la expresión de minas del art. 2518, cuya propiedad se atribuye al dueño del suelo. La enumeración de este inciso debe, pues, ceder á lo dispuesto por el Cód. de Minería, que es posterior.

(Art. 2342, n° 3.) Los bienes vacantes son aquellos cuyo propietario es desconocido, como dice Demolombe, y que se reputan por pertenecer á persona alguna por haberlos abandonado. Son bienes que han pertenecido á otros, en lo que se diferencian de los *res nullius*. Algunos autores, como Marcalé, sostienen que la disposición no se aplica sino á los bienes inmuebles cuyo dueño no se conoce; porque en los muebles la posesión vale por título; pero por nuestro derecho no se puede aceptar tal teoría, pues, no se podría aplicar á las cosas perdidas.

Se consideran como vacantes los bienes de las personas jurídicas extinguidas, cuando nada se hubiere dispuesto en sus estatutos; pero la ley debe darles el destino especial, salvando el derecho de terceros y de los miembros existentes, art. 50. Los bienes de las sucesiones abandonadas son también del Estado.



4° *Los muros, plazas de guerra, puentes, ferrocarriles y toda construcción hecha por el Estado ó por los Estados, y todos los bienes adquiridos por el Estado ó por los Estados, por cualquier título (art. 2342, n° 4).*

5° *Las embarcaciones que diesen en las costas de los mares ó ríos de la República, sus fragmentos y los objetos de su cargamento, siendo de enemigos ó de corsarios (art. 2342, n° 5);* porque los de los particulares deben serles entregados, así que justificaran su propiedad.

§ 649.—DE LOS BIENES MUNICIPALES

El régimen municipal ha sido instituído como obligatorio por la Constitución de la República, y en su consecuencia cada provincia ha debido delegar en cada comuna ciertas facultades necesarias para el cumplimiento de su misión.

Las municipalidades tienen facultades propias para el ornato, salubridad, embellecimiento y bienestar de las ciudades ó pueblos, cuyos intereses administran, y necesitan con estos objetos, de los bienes que deben aplicarse á estos servicios. Así, *son bienes municipales, los que el Estado ó los Estados han puesto bajo el domi-*

(Art. 2342, n° 4.) La palabra *muros*, aislada, no tiene significado alguno, y debemos entender que se refiere á las plazas de guerra ó construcciones hechas por el Estado, para defensas de las ciudades. Dijimos que las plazas de guerra, ó fortalezas, eran propiedad privada del Estado, aunque prestaban un servicio común á la seguridad de todos; por eso el artículo los coloca entre éstas. Los puentes eran considerados como bienes públicos en el art. 2340, n° 7, y aquí como particulares, debemos, pues, aplicar esta disposición, á los que no son de absoluta necesidad, y en que el Estado cobra un derecho de peaje. El Estado en su capacidad de persona jurídica, puede adquirir bienes como los particulares, sea por compra directa, ó recibéndolos por donación.

(Art. 2342, n° 5.) Cuando no son de enemigos ó corsarios, dice Freitas, art. 336, n° 19, esos objetos ó los productos de su remato, se entregarán á los dueños una vez pagos los gastos de salvamento. Si no tuvieron dueños, ó no fueron reclamados, entrarán entre los bienes de que habla el n° 3, siendo considerados como vacantes.



nio de las municipalidades. Son enajenables en el modo y forma que las leyes especiales lo prescriban (art. 2344).

Las municipalidades dictan leyes locales, bajo el nombre de ordenanzas, y abrazan todo aquello que no estuviera legislado por la Nación ó la Provincia, siempre que sea sobre servicios necesarios á la localidad.

§ 650.—DE LOS TEMPLOS Y COSAS SAGRADAS

Hay cosas destinadas al servicio del culto religioso, y que vienen á quedar fuera del comercio, por el uso mismo á que están afectadas, tales como *los templos y las cosas sagradas y religiosas que corresponden á las respectivas iglesias ó parroquias, y están su-*

(Art. 2344.) Las Municipalidades tienen una existencia necesaria en nuestro régimen de gobierno, y ejercen jurisdicción propia sobre las cosas que la Constitución de cada Provincia ha colocado bajo su administración. Cuando el artículo habla de los bienes que el Estado ó Estados hayan puesto bajo su dominio, no sólo comprende los que por leyes especiales le sean entregados, sino á los que por su ley orgánica le corresponda administrar. El gobierno de la comuna ha servido de base para la organización política de la Provincia y de la Nación, y si nosotros hemos invertido estos principios, es porque comenzamos por ser colonia, donde el pueblo no tenía más derechos que los concedidos graciosamente por el soberano. Así, el gobierno de cada pueblo ó ciudad, en lo referente á sus calles, plazas, ornato, higiene, salubridad, etc., corresponde á la localidad misma.

Las cosas que son de uso común, no se prescriben: pero los demás bienes, que como persona jurídica posea la Municipalidad, están sujetos á prescripción. La Corte Suprema ha decidido: que cuando por leyes especiales no se determinase la enajenación de los bienes Municipales, se regirán por el derecho común, enajenándose como los demás bienes. — Comp. FREITAS, art. 343.—Véanse arts. 1501, 1502 y 2535.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2344.—Los bienes de la Municipalidad del Rosario, pueden ser embargados y vendidos para satisfacer sus deudas.—XXV, 432.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2344.—El Consejo Deliberante carece de facultad para enajenar bienes municipales, sin llenar la condición esencial de licitación que requiere la Ley Orgánica de la Municipalidad.—Jur. Civ., VI, 372, Sér. 4ª.



jetas á las disposiciones de los arts. 33 y 41. Esos bienes pueden ser enajenados en conformidad á las disposiciones de la Iglesia Católica respecto de ellos, y á las leyes que rigen el patronato nacional (art. 2345).

La Iglesia Católica entre nosotros, no es considerada como persona jurídica, sino cuando es representada por el Sumo Pontífice. La Nación sostiene el culto católico, y todas las iglesias y cosas destinadas al culto, son administradas por las autoridades religiosas, que las leyes han creado para su mantenimiento. La autoridad religiosa, puede, en uso de sus facultades, desafectar las cosas, dejando de usarlas, poniéndolas por este solo hecho en el comercio; pero sólo la autoridad nacional ó provincial en su caso, están facultadas para disponer de ellas y enajenarlas.

Las iglesias disidentes, para tener capacidad de adquirir y disponer, es necesario que hayan sido reconocidas por los poderes públicos en su calidad de personas jurídicas, y sólo cuando esto se haya hecho, tendrá lugar la disposición del **art. 2346**,

(**Art. 2345.**) La iglesia católica, como persona jurídica, capaz de adquirir bienes, está sujeta al derecho común, en cuanto á las obligaciones que contrae; pero no puede ser ejecutada en todos sus bienes. Es una institución sostenida por la Nación, y las cosas inmediatamente afectadas al culto divino, están fuera del comercio como santas ó sagradas, mientras prestasen ese servicio: así la Corte ha decidido que la oficina de un curato que no puede ser destinado sino al servicio del templo, no es ejecutable. Las capillas ó cementerios católicos, situados en propiedades particulares, se considerarán como accesorios del inmueble, pero no enajenables, de modo que lo transferido, será simplemente el uso ó goce.

La Nación ejerce el patronato nacional.

(**Art. 2346.**) Si las corporaciones religiosas disidentes hubieren sido reconocidas en su carácter de personas jurídicas por el Estado, sus bienes serán enajenados con arreglo á sus estatutos, que no pueden sacar fuera del comercio los objetos, dedicados al culto, aun con la autorización del gobierno; es necesario que la ley los haya puesto fuera del comercio. Así es que podrán ser ejecutados los bienes que posea la

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2345.—Un edificio destinado para servicio público como oficinas del curato, no puede tener otro destino, ni ser enajenado para atender los gastos de la obra del templo adherente.—VII, 327.



que dice: *los templos y las cosas religiosas de las iglesias disidentes, corresponden á las respectivas corporaciones, y pueden ser enajenadas en conformidad á sus estatutos*; pero si no hubieren sido autorizadas, esos bienes pertenecerán á las personas que las hubieran adquirido.

§ 651.—DE LOS BIENES DE PROPIEDAD PRIVADA

La tierra en su origen ha correspondido á la Nación, y los Reyes de España la han donado ó enajenado por medio de sus funcionarios públicos. Declarada la independencia, formándose una nueva nación, los poderes públicos substituyeron á la soberanía española, usando de las facultades que expresamente les hubieran concedido las leyes, quedando los demás poderes en el pueblo, que no los ha delegado. Los poderes públicos, nacionales ó provinciales, ejercitan sólo los poderes delegados por la Constitución.

Para llegar á la propiedad privada, es necesario proceder en una forma negativa y decir: *las cosas que no fuesen bienes del Estado ó de los Estados, de las municipalidades ó de las Iglesias, son bienes particulares sin distinción de las personas, que sobre ellos tengan dominio, aunque sean personas jurídicas (art. 2347)*: pero deben tener un título que les atribuya la propiedad, ó les cree un derecho por el transcurso del tiempo.

Hay cosas que los propietarios entregan al uso público voluntariamente, pero no salen del dominio de éstos, y en todo momento pueden impedir el uso; así, *los puentes y caminos* (espe-

asociación, porque no gozan de los privilegios concedidos á la iglesia católica.

(**Art. 2347.**) Por exclusión se llega á la propiedad privada, fórmula que muchas veces adopta nuestro Código. La división es doctrinaria y sin importancia, pues es una consecuencia de lo dicho anteriormente. Se entiende que el artículo habla de las cosas susceptibles de apropiación, considerándolas como poseídas por alguien, porque las *res nullius* pertenecen al que primero las ocupa. Se toma al Estado, Provincia ó Municipalidad, en su carácter de poderes públicos, separándolos de las facultades que tienen como personas jurídicas.



ciales), y cualesquiera otras construcciones hechas á expensas de particulares en terrenos que les pertenezcan, son del dominio privado de los particulares, aunque los dueños permitan su uso ó goce á todos (art. 2348); pero si fueran hechos por contratos con el Estado, cobrando un derecho de peaje, se atenderá al decreto de concesión, y quedarán regidos por sus disposiciones.

El uso y goce de los lagos que no son navegables, pertenece á los propietarios ribereños (art. 2349), que pueden usar de sus aguas conforme á los reglamentos generales ó locales; pero no pueden apropiárselos.

Las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad, pertenecen, en propiedad, uso y goce, al dueño de la heredad (art. 2350); porque forman parte integrante de su terreno;

(Art. 2348.) El artículo comprende las obras hechas por los particulares dentro de sus propiedades para su propia comodidad, en que el Estado no puede tener intervención; y no se aplica á los caminos vecinales ó generales, ni á los ferro-carriles que están legislados especialmente. El permiso que el propietario conceda voluntariamente para que todos usen una cosa hecha para su uso particular, no crea derechos en favor del público, ni somete la construcción á las leyes especiales dictadas para las que son de uso público.—Comp. Cód. de Chile, art. 592.

(Art. 2349.) Los lagos no navegables por buques de más de cien toneladas entran en la propiedad privada del Estado General ó de los Estados particulares, ó de los dueños de los terrenos que esos lagos ocupan. Se debe entender que el uso y goce pertenece á los propietarios ribereños, cuando éstos no fueran propietarios del terreno que ocupen los lagos, y tuvieran por límites sus riberas; en ese caso los lagos serían de la Nación ó de las Provincias; pero cuando un lago ó laguna, ocupa el terreno de uno ó más propietarios, serán de los dueños del terreno. De donde resulta, que los ribereños no adquieren el terreno que deje descubierto el lago ó laguna, que continuará perteneciendo al dueño de éstos, ni perderán los que éstas ocuparan, art. 2578. — Véase Cód. de Chile, art. 596.

(Art. 2350.) Las aguas, sean estancadas ó que corran en un terreno perdiéndose en él, son, se puede decir, accesorios de ese terreno y forman parte del mismo, en ambos casos vienen á ser propiedad privada. Se pueden considerar como aguas inmóviles, susceptibles de una apro-

pero la autoridad pública en casos de utilidad puede expropiar esas vertientes.

§ 652.—DE LAS COSAS SUSCEPTIBLES DE APROPIACIÓN PRIVADA

Hay cosas que la naturaleza crea y esparce por las aguas y tierras, y que no pertenecen á persona alguna; esas cosas pueden apropiarse por los particulares, por la sola aprehensión que hagan de ellas.

Así, son susceptibles de apropiación privada:

1° *Los peces de los mares interiores, mares territoriales, ríos y lagos navegables, guardándose los reglamentos sobre la pesca marítima ó fluvial (art. 2343, n° 1), que sólo pueden dictar las autoridades nacionales, bajo cuya jurisdicción se encuentran. Las provincias no pueden intervenir en esa reglamentación.*

2° *Los enjambres de abejas, si el propietario de ellos no los reclamare inmediatamente (art. 2343, n° 2);* porque habiendo

piación absoluta; no sucede así con las que corren y atraviesan otros terrenos, en que la movilidad no permite su apropiación sino su uso de un modo limitado. Este artículo no tiene relación con el art. 2637.— Véase CÓD. DE CHILE, art. 595, § 2.

(**Art. 2343, n° 1.**) Los bienes públicos se consideran como tales, sea porque son susceptibles de un uso gratuito, ó porque existen en beneficio de todos, ó porque no son susceptibles de apropiación privada. Se ha hablado de los primeros en el art. 2340; el presente se refiere á los que, perteneciendo á todos, pueden entrar en el dominio particular. Así, los peces de los ríos pueden apropiarse, porque se encuentran formando parte de una corriente de agua que es común á todos; no sucede lo mismo con los que se hallan en lagos, no navegables por buques de cien toneladas, que no fueren de uso público y que pertenecen á los particulares. La autoridad puede determinar la forma y época de la pesca, pero no prohibirla absolutamente, mientras no hubiese ley que así lo determine. —FREITAS, art. 128, n° 2.

(**Art. 2343, n° 2.**) Los enjambres de abejas recobran su libertad natural por el hecho de abandonar la colmena y posarse en los árboles

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2350.—L. 19, Tit. 15, Part. 3°.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2343.—L. 5, Tit. 28, Part. 3°.





recobrado su libertad, es necesario perseguirlos para continuar poseyéndolos por la sola voluntad, desde que se les deja, pertenecen al primero que los toma.

3° *Las piedras, conchas ú otras substancias que el mar arroja, siempre que no presenten signos de un dominio anterior* (art. 2343, n° 3), y aunque lo presentasen, si no hay persona que pueda justificar la propiedad exclusiva de esos objetos.

4° *Las plantas y yerbas que vejetan en las costas del mar, y también las que cubrieren las aguas del mar ó de los ríos ó lagos, guardándose los reglamentos policiales* (art. 2343, n° 4); porque se producen y encuentran en lugares de uso público.

5° *Los tesoros abandonados, monedas, joyas y objetos preciosos que se encuentran sepultados ó escondidos, sin que haya indicios ó memoria de quien sea su dueño, observándose las restricciones de*

de otros propietarios; pero á semejanza del que persigue el animal herido que continúa perteneciéndole, en cualquiera parte que cayese, debe perseguir el enjambre y reclamarlo inmediatamente, cuando se posare en terreno cercado ó cultivado; así se concilian los términos de este artículo con el art. 2546.—FREITAS, art. 328, n° 3.

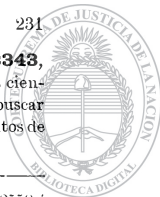
(Art. 2343, n° 3.) La única limitación para la apropiación de las cosas encontradas en el fondo del mar, es que no presenten signos de un dominio anterior; así, todo lo que se extrajese de él ó de los ríos navegables, será del que los hubiere encontrado; por consiguiente, si el mar ó el río arrojasen á sus orillas piedras ó minerales preciosos, serán del primero que los tomara. Los objetos que demostrasen un dominio anterior, se encontrarán sometidos á las reglas de los arts. 2531 y sigs., sobre cosas perdidas.—FREITAS, art. 327, n° 5.—Véase art. 2527.

(Art. 2343, n° 4.) Aquí se usa de la palabra *costas* del mar por extensión, en vez de *playas*, de que se sirve Freitas, art. 327, n° 6. Costa, margen, ribera, orilla, son equivalentes, y significan la línea hasta donde alcanza el río en sus más altas aguas, y hasta donde llega el mar en sus más altas mareas. El artículo debe entenderse como refiriéndose á los vegetales ó plantas que se encuentran en un lugar de uso público.

Como los ríos aun no navegables son de uso público, la disposición comprende á todos; pero los lagos ó lagunas no navegables por buques de más de cien toneladas, no están comprendidos en este artículo.—FREITAS, l. c.

la parte especial de este Código, relativas á esos objetos (art. 2343, n° 5). La autoridad pública sólo puede permitir con objetos científicos, las excavaciones en los cementerios antiguos para buscar aquellas cosas que arrojen luz sobre las costumbres y adelantos de los pueblos cuya memoria apenas se conserva.

(Art. 2343, n° 5.) Esta disposición queda sujeta á los arts. 2550 á 2566, y no comprende las cosas que se encontraren en los sepulcros por antiguos que fueran. Cuando se hacen excavaciones con objeto científico para demostrar el grado de civilización alcanzado por los pueblos desaparecidos, como sucede con los cementerios indígenas de épocas anteriores á la conquista: las joyas ú objetos que se encontrasen, no pertenecerán al Estado, sino en el sentido de que éste es el dueño de los Museos, donde deben ir esos objetos; porque el uso á que están destinados es público. Así, cuando los particulares encontrasen en sus terrenos objetos pertenecientes á sepulcros, no adquieren su propiedad, art. 2551. —FREITAS, art. 527, n° 7.



TITULO II

DE LA POSESIÓN Y DE LA TRADICIÓN PARA ADQUIRIRLA (*)

§ 653.—DE LA POSESIÓN

La posesión en sí depende de un hecho material que pone á la persona en contacto físico con las cosas; pero este elemento no

(*) Savigny, en el párrafo 6 de su obra *De la posesión*, pregunta á qué clase de derechos pertenece la posesión. Expone y discute las diversas opiniones de los juriconsultos antiguos y modernos de Alemania, sosteniendo los unos que la posesión es un derecho real por relación de las cosas sobre que versa, y otros que es un mero derecho personal. Dice que la cuestión no puede presentarse sino respecto á las acciones posesorias, pues que en cuanto á la prescripción, la posesión no es más que una parte, lo mismo que la *justa causa* no es sino una parte de la tradición que transfiere la propiedad; y que sería absurdo preguntar á qué especie de derechos pertenece la *justa causa*. Lo mismo sería querer determinar á qué clase de derechos pertenece la posesión mientras se la considere como uno de los elementos de la prescripción para adquirir. La cuestión no se presenta, pues, sino respecto á los interdictos, á las acciones posesorias; y como éstas nacen de las obligaciones *ex maleficiis*, deben colocarse entre las obligaciones *ex delictis*. En apoyo de su opinión, cita la L. 1, Tit. 1, Lib. 43, Dig., donde se dice *interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vitamen ipsa personalia sunt*. En cuanto á la posesión misma, como ella no es sino una condición requerida para el ejercicio de las acciones posesorias, no es un derecho, y no puede por lo tanto pertenecer á ninguna clase de derechos.

Lo contrario de Savigny, enseñan: Mayuz, Lib. 2, § 162.—Demolombe, tomo IX, desde el no 479, Zachariae y Belime, sosteniendo que la posesión es un derecho real.—Troppong, sobre el art. 2228, trata extensamente esta materia.

Molitor, en su tratado *De la posesión*, no sigue ni una ni otra de las opiniones expresadas. Dice que la posesión no es un derecho puramente real, porque aunque la cosa esté inmediatamente sometida al poseedor, este derecho no puede ser demandado contra los terceros poseedores, sino sólo contra aquellos que han violado la posesión. Si B ha despojado á A y en seguida B ha sido despojado por C, B tendrá sólo el *interdicto unde vi* contra C, A no lo tendrá sino contra B.—L. 1, Tit. 16, Lib. 43, Dig.

Por otra parte, la posesión no es un derecho puramente personal: no es más que un *ius ad rem*, en este sentido, que para tener la cosa es preciso el hecho, es preciso el intermediario de una tercera persona obligada á entregarla ó á darla. La posesión, por lo tanto, no es así, ni un derecho puramente real, ni un derecho puramente personal: pero como el derecho manifiesta sobre todo su carácter y su energía por la acción, diremos que pertenece más bien á la clase de los derechos personales. Podemos llamarlo un derecho real-personal, real porque el derecho sobre la cosa es directo ó inmediato, motivo por el cual las acciones posesorias son ó aparecen *ser concepta in rem*, y personal, porque la acción posesoria no se intenta sino contra el autor de un hecho, del hecho del despojo ó de la turbación en la posesión, sin que pueda dirigirse contra terceros poseedores. (NOTA DEL DR. VELEZ-SARSFIELD.)

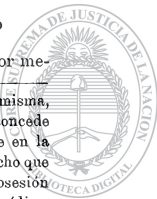


basta por sí sólo para crearla, se necesita de la intención que la complete; así, *habrá posesión de las cosas, cuando alguna persona, por sí ó por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad (art. 2351)*;

(Art. 2351.) Se ha discutido extensamente sobre si la posesión es un hecho ó un derecho, y me inclino á creer con Savigny, que ha tratado como maestro consumado esta materia, de que la posesión es un hecho. El Dr. Velez-Sarsfield acepta en la nota 2470 que es un derecho; pero el Código la considera sólo en sus relaciones con las acciones posesorias que engendra. Cuando se trata de la usucapión no es sino una condición para adquirir, como lo es el justo título, y en ese caso no es ni puede ser un derecho. La posesión como un simple hecho material, considerada en sí misma, puede engendrar derechos, modificarlos ó extinguirlos; pero éstos son las consecuencias del hecho, que no se confunden con el hecho mismo. Así, el que comete un delito hace nacer derechos en aquellos que son perjudicados; pero de ahí no se deduciría el absurdo de que el delito es un derecho. El que entra en posesión de una casa desocupada no se crea un derecho por ese acto material, y si la ley lo protege concediéndole una acción contra otro que quiere perturbarlo, es más bien por consideraciones de orden social, que como reconocimiento y consagración del hecho, que no le ha creado un derecho. El Dr. Segovia, que trata esta materia con gran competencia, sostiene con Molitor que la posesión es un derecho, y si bien la discusión sólo tiene un interés teórico, debo tratarla aunque sea someramente. Dice el Dr. Segovia: «como complemento á la protección del dominio, la ley ha debido proteger la posesión y considerar esta última como una *propiedad de hecho*, ó como una *esterioridad del dominio*, tratando al poseedor como á dueño presunto. Y desde que la posesión es un interés jurídicamente protegido, claro es que *constituye un derecho*. . . Los hechos no se reclaman ante los jueces». El ilustrado jurisconsulto ha perdido de vista la demostración que debió hacer, y era probar, que la posesión como un *hecho material* es un derecho, y que la ley debe protegerla en ese carácter. Toma la posesión que viene del dominio para llegar al hecho ficticio que no tiene relación alguna con él. La cuestión es: ¿debe la ley proteger este hecho material como un derecho? La protección en este caso no crea el derecho ni lo reconoce; protege el hecho porque nadie debe perturbar el orden social ni atentar contra la persona, ni constituirse en juez, sin entrar á decidir si tiene ó no derecho para poseer la cosa.

Tomemos la posesión en su primer elemento, como un hecho mate-





sin la intención, no existe la posesión que la ley protege por material de aprehensión y al individuo puesto en relación con la cosa misma, y preguntemos ¿es esto un derecho? No, si la ley lo protege, y concede al poseedor acciones posesorias, si lo autoriza para defenderse en la posesión, rechazando la fuerza, no es en consideración á un derecho que reconozca, sino como un elemento de orden social. Se dice, la posesión es un acto voluntario y la ley lo eleva á la categoría de acto jurídico, pero eso es penetrar en la intención del individuo, que debe quedar fuera de la naturaleza del hecho material, que es el único que se considera. Además, la posesión puede ser forzada, puede no existir voluntad, porque el poseedor sea incapaz de tenerla; lo que se estudia es la posesión en sí, para saber si ese acto material importa por sí sólo un derecho, y es lo que nadie ha demostrado en mi opinión.

La posesión en su primitivo elemento es la relación inmediata del individuo con la cosa misma; pero cuando se la estudia en sus desenvolvimientos sucesivos y en sus relaciones con la voluntad, nos encontramos con que se puede poseer por otro, que tenga la cosa por nosotros mismos, con la intención de conservarla. Este nuevo elemento de la voluntad que es extraño al hecho físico, es una nueva faz bajo la que se considera la posesión. Poseemos por intermedio de otro, cuando éste reconoce que la cosa nos pertenece; así, el arrendatario, el depositario, comodatario, poseen en nuestra representación. Tener la *cosa bajo su poder*: es no sólo estar en contacto personal con ella, si no encontrarse en la posibilidad, como dice Freitas, de ejercer actos de dominio con intención de tener el derecho de poseerla. La intención entra aquí como un elemento esencial de la posesión, el *animus possidendi*, es, pues, la intención de ejercer un derecho de propiedad sobre la cosa poseída, sin esa intención no hay posesión jurídica. Es necesario distinguir los derechos que se derivan de la posesión (*jus possessiones*) con el derecho de poseer (*jus possidendi*) que se refiere á la propiedad; así, los derechos que se derivan de la posesión misma, son, la usucapión y los interdictos, mientras que el derecho de poseer viene de cualquiera enajenación de la cosa ó del usufructo. El derecho de *posesión* viene, pues, de la posesión anual y el *derecho de poseer* de la propiedad, pero ordinariamente se les confunde en la terminología jurídica. El derecho de posesión se refiere á los interdictos, y sólo á ellos toca; mientras el derecho de poseer ó el derecho á la posesión, se relaciona íntimamente con la propiedad y nace de ella.— Véase mi nota 2477.

En la posesión jurídica entra como elemento esencial la voluntad de ejercer sobre la cosa un derecho de propiedad, sea que comprenda la



dio de los interdictos, sin reconocer por éste derecho alguno; con-

suma de todos los derechos, ó una parte de ellos, como el usufructo, y esta es la posesión á que se refiere el artículo, no considerando como tal la mera tenencia. ¿La posesión es un derecho real? Los autores se dividen en esta cuestión. Para resolverla es necesario distinguir la *possessio*, la *possessio civiles* y el *jus possidendi*. La *possessio* se refiere al hecho material ó físico de la detención de la cosa, y sólo es protegida por los interdictos; la ley acuerda esa protección, no á la posesión misma, sino al individuo que viene á ser objeto de una violencia; la *civiles possessio* genera ó da nacimiento á la usucapición y viene á ser una condición, un medio, como el justo título, y comprende igualmente los interdictos, y el *jus possidendi* se refiere á los derechos que nacen inmediatamente de la propiedad. Separadas la *possessio* y la *civiles possessio*, podemos decir, que el *jus possidendi* es un derecho real que se concede á todo aquel que tiene el dominio de una cosa y que ha perdido su posesión para reclamarla de cualquier poseedor. Molitor piensa que es un derecho mixto de real y personal, que nuestro Código desconoce (nota del Dr. Velez al art. 4023) y que debemos rechazar; esta opinión se funda en que no hace la división que acabamos de indicar y toma la posesión con un hecho material, generadora de la usucapición y como el derecho de poseer. El Dr. Velez-Sarsfield ha hecho la distinción, aunque abraza bajo un mismo nombre la *civiles possessio*, que sirve de fundamento á la prescripción y el *jus possidendi* que viene de la propiedad, ó del usufructo; pero separa, con razón, la *possessio* que sólo da derecho á los interdictos. El Dr. Segovia dice, con razón, que esta división no es rigurosamente científica, en lo que estoy conforme; no por la razón que dicho autor indica al decir: «que la posesión que da derechos posesorios da con mayor razón acciones posesorias» pues no es bajo este aspecto que se debe considerar la posesión definida por el Código, sino porque no debe confundirse la posesión que da origen á la usucapición, con la que nace de la propiedad misma ó del usufructo. La *naturalis possessio* designa por oposición á la *civilis possessio*, toda detención que no produce la usucapición, como la simple tenencia que nada tiene de jurídica y aun la detención jurídica, como es la del acreedor prendario.—Comp. SAVIGNY, *Poseción*, § § 1, 6 y 7. MOLITOR, *Poseción*, n.ºs 10 y 11.—Véanse art. 2352, 2373, 2374, 2400, 2758, 2797 y 2802.

Si examinamos la definición dada por nuestro Código, comparándola con la del art. 2228, del Cód. Francés, y la de Pothier, veremos cuál ha servido de fuente para definir la posesión de que nos habla el artículo. Dice el Cód. Francés: «la posesión es la detención ó el goce de



serva el orden social impidiendo que cada uno se haga justicia recurriendo á la fuerza propia y alterando la paz pública.

una cosa ó de un derecho que tenemos ó que ejercemos por nosotros mismos ó por otro», comprendiendo así la *cuasi-poseción*, con relación á las cosas inmateriales y de que no se ocupa el artículo, pues sólo habla de tener una cosa bajo nuestro poder, y no el goce de derechos. Mientras Pothier (*Poseción*, 1) la define así: «la posesión es la detención de una cosa corporal que tenemos en nuestro poder, ó por nosotros mismos ó por alguno que la tiene por nosotros y en nuestro nombre»; definición que nuestro artículo ha completado, agregándole: «con la intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad», lo que no excluye la posesión jurídica del usufructuario. De la definición queda excluida la *cuasi-poseción* de los derechos que no son cosas corporales.

¿Qué importa la expresión de *tenerla bajo su poder*? No es la materialidad de tomarla, porque en este sentido no se podría tener las grandes áreas de terreno, ni aun la casa; es el poder ejercitar sobre ellas cualquier derecho de uso ó goce sin contradictor; así, yo poseo la casa que habito, el campo que cultivo, como tengo la posesión de la casa que alquilo á mi locatario, pues él la posee por mí y para mí.

La posesión, según nuestro Código, sólo se aplica á los que la tienen *animus domini*, como propietarios ó señores de la cosa; por consiguiente, no poseen jurídicamente el locatario, comodatario, depositario, que tienen la cosa á nombre del dueño. Si las leyes acuerdan algunas veces la acción de despojo á los que son meros detentadores, si los autorizan para defender su posesión rechazando la fuerza con la fuerza, no es que concedan acciones posesorias propiamente dichas, es más bien una protección al individuo mismo, atacado en su tenencia; son disposiciones de orden público, que no se fundan ni averiguan el derecho, sino que hacen cesar la arbitrariedad y la fuerza.

Nuestra definición, como lo dice el Dr. Velez-Sarsfield en la nota, no comprende la *cuasi-poseción*, que los romanos habían restringido á las servidumbres; así, los derechos personales ni los reales pueden ser poseídos como tales derechos, porque no son cosas.

Yhering, en su tratado «sobre el fundamento de los interdictos posesorios», apoya la idea de que la protección concedida á la posesión es un complemento de la protección de la propiedad y dice: «la posesión es una obra avanzada de la propiedad», y no es por sí misma que ella es protegida, sino en consideración de la propiedad, rechazando la idea de Savigny de que la personalidad humana es la protegida, y la de Huberus, que es el orden público y el interés social el protegido contra

La ley concede protección, no sólo al poseedor mismo, sino á cualquiera que posea á nombre de otro, en virtud de un derecho

las violencias y usurpaciones, cuyas ideas hemos aceptado en esta nota. — Comp. BAUDRY-LACANTINERIE y TISSIER. *Prescription*, 207.

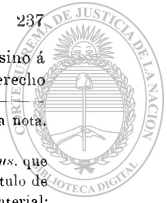
En la posesión hay, pues, dos elementos esenciales: el *animus*, que se puede decir es el elemento intelectual, de tener la cosa á título de dueño, y el *corpus*, el hecho de la ocupación, que es el elemento material; por eso dice la ley romana: *adipiscimur possessionem corpore et animo*. Y por esa misma razón no pueden poseer los que no pueden manifestar su voluntad, como los dementes y sordo-mudos que no saben darse á entender por escrito.

El elemento material se debe considerar bajo un doble punto de vista: si se trata de la posesión originaria, que no es la consecuencia de una adquisición, la simple posibilidad de obrar sobre la cosa no basta, es necesario de hechos que demuestren la intención de tenerla como dueño; por el contrario, si es una posesión derivada, es decir, la que es la consecuencia de una adquisición de la cosa, no necesita de acto alguno, le basta la posibilidad de someterla á su dominio sin que haya contradictor, porque la intención y la voluntad están expresas en el acto de la adquisición.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2351. — Véase L. 47. Tit. 28. Part 3ª. — La L. 1, Tit. 30 de la misma Partida dice que *posesión es tenencia derecha que ome ha en las cosas corporales, con ayuda del cuerpo é del entendimiento*. Esta definición está enteramente conforme con la nuestra. El Cód. Francés, art. 2228. dice: «La posesión es la tenencia. ó goce de una cosa ó de un derecho que tenemos, ó que ejercemos por nosotros mismos, ó por otro que lo tiene y ejerce en nuestro nombre.» El Código, dice Troplong, toma la posesión en el sentido más general, y en su elemento más simple, es decir, es el primer grado, que tiene por resultado poner al individuo en relación con la cosa. En cuanto á las variedades de esa relación, que son muy numerosas, por ejemplo, posesión á título de propietario, posesión precaria, etc., el Código aún no se ocupa. En los artículos siguientes, el legislador designará las cualidades de que ella debe revestirse á medida que venga á ser la fuente de derechos particulares.»

Nosotros seguimos el orden inverso: definimos la posesión por la que tiene la mayor importancia jurídica, la que presenta todos los caracteres indispensables para los derechos posesorios, la posesión que sirve para la prescripción, y la que da acciones posesorias *adversus omnes*, dejando para otro lugar tratar de la posesión que sólo sirve para los interdictos ó acciones posesorias. La definición, pues, del Cód. Francés no es contraria á la nuestra, pues él define lo que regularmente se llama posesión natural, y nosotros definimos la que por lo común se dice posesión civil.

La definición del Cód. Francés supone que la posesión puede no ser de cosas corporales, sino de meros derechos, lo que en la jurisprudencia se llama *cuasi-*





adquirido, pero establece en el **art. 2352**: que *el que tiene efectivamente una cosa, pero reconociendo en otro la propiedad, es sim-*

(**Art. 2352.**) En la posesión jurídica es una condición esencial el *animus possidendi*, para adquirirla, de modo que no se la tiene, cuando la persona es incapaz de voluntad ó cuando la cosa no pueda ser poseída, porque el *animus* no se concibe. En los casos de posesión derivada, se adquiere la simple tenencia de la cosa, porque continúa poseyéndola aquel que la ha transmitido, pero como lo contrario va contra la regla general de que la posesión se supone *cum animo domini*, de ahí es necesario probar que la ha transferido sin esa circunstancia. Los casos de detención de la cosa, sin posesión jurídica, son: aquellos en que trans-

posesión. Las Leyes Romanas declaraban que sólo podían poseer las cosas corporales... *quia nec possideri intelligitur jus incorporale* (L. 4, § 27, Tit. 3, Lib. 41, Dig.). *Possidere autem possum*, decía otra ley, *que sunt corporalia* (L. 3, Tit. 2, Lib. 41, Dig.). Pero mirada la posesión en sus relaciones con el derecho de propiedad, la posesión se manifiesta como el ejercicio de los poderes comprendidos en ese derecho. Bajo este punto de vista práctico, la idea ha parecido susceptible de ser extendida á otros derechos reales, especialmente á los derechos de servidumbre, que son desmembraciones del derecho de propiedad; y se ha considerado como poseedor de una servidumbre al que ejerce los poderes contenidos en el derecho de servidumbre. Esta es la *juris possessio* ó la *quasi-possessio*. Los romanos habían restringido la cuasi-posesión á las servidumbres, y no la habían extendido á otros *jura in re*, y menos á los derechos personales y á los derechos de las obligaciones, respecto de los cuales la idea del ejercicio de un poder físico no es admisible bajo relación alguna. El Código Francés, como se ha visto, extiende la posesión á todos los derechos. Molitor se empeña en demostrar que la cuasi-posesión no puede extenderse sino á las servidumbres. (*De la posesión*, n° 14).

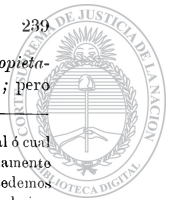
Savigny, en su *Tratado de la posesión*, desde el n° 7, enseña que la posesión no es sino un hecho, y sólo un derecho por sus efectos, que son la prescripción de las acciones posesorias: *Así, dice, la posesión es un hecho y un derecho á la vez*. Molitor ha combatido esta opinión, á nuestro juicio victoriosamente, demostrando que toda posesión es un derecho.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2351.—Contra el detentador de la cosa, cuya posesión se reconoce pertenecer á una sucesión, procede el interdicto de recobrar á favor del comprador de los derechos hereditarios de la misma. —LVI, 388.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2351.—El hecho de haber pedido judicialmente la posesión, implica necesariamente que ella no existía con anterioridad. —Jur. Civ., VI, 106, Sér. 2°.

El locatario procede por el propietario, y reconocida la existencia de aquel en el predio se reconoce la posesión del acreedor. —Jur. Civ., VI, 433, Sér. 3°.

Para que se verifique á favor del poseedor, la posesión debe tenerse á nombre propio. —Jur. Civ., I, 394, Sér. 3°.



ple tenedor de la cosa, y representante de la posesión del propietario, aunque la ocupación de la cosa repose sobre un derecho; pero

ferimos la detención á otro encargándole de representarnos en tal ó cual asunto (mandato, gestión, depósito); los en que prestamos gratuitamente el uso de la cosa (comodato); los en que por un precio dado concedemos el uso de la cosa (locación); cuando el resultado de la detención es el ejercicio de un *jus in re*, como en el usufructo, el uso, la habitación, etc., aunque nuestro Código conceda al usufructuario acciones posesorias; pero entra dentro del cuadro que trazamos, porque carece del *animus possidendi*; finalmente, aquellos en que la tenencia se transfiere con el objeto de asegurar el cumplimiento de una obligación, como en la prenda ó anticre- sis. De esta posición nacen consecuencias importantes: 1º, el poseedor debe considerarse como representante del que lo ha transferido la tenencia de la cosa; 2º, debe tener el ánimo de poseer para su representado: 3º, si negare poseer á nombre de aquel que dice le transfirió la posesión, como la regla es que se supone que el poseedor tiene la cosa *animo domini*, el que alega debe demostrar haberla entregado por alguno de los modos en que sólo se transfiere la simple tenencia.* De ahí es que encontramos justificada la resolución del Superior Tribunal de Córdoba, criticada por el Dr. Llerena, que la juzga tan desacertada, inclinándose á creerla más bien el resultado de un error de imprenta. El caso es el siguiente: un poseedor propone extrajudicialmente comprar á otro la cosa que él mismo posee. De esta propuesta de compra se quiere hacer nacer la confesión de que su posesión no era á título de dominio, que ha reconocido en el otro la propiedad de la cosa, y el tribunal ha dicho, con razón á mi juicio, «que esa propuesta no excluye necesariamente la idea de tener el proponente el derecho de propiedad en el mismo inmueble»; habría dicho con más exactitud, de poseerlo *con animo domini*; porque la cuestión era de averiguar si poseía la cosa á nombre de otro, ó á nombre propio y con ánimo de adquirirla para sí. Para demostrar lo contrario, el reclamante debía probar que la posesión era derivada de él mismo, que había transmitido la tenencia por un contrato preexistente; la propuesta de compra no puede darle un título que no tiene, ni demostrar que ha poseído en su nombre. Esta situación es más clara si suponemos que el poseedor ha tomado la cosa abandonada ejerciendo en ella actos de dominio en su nombre propio, y que para afirmar sus derechos propone comprar la cosa que posee como suya; esto no desvirtuaría su posesión á título de dominio, posesión que no se debe confundir con la propiedad.

En la posesión derivada, cuando por contrato se transfiere la simple



como simple tenedor y representante del poseedor, puede defender la posesión rechazando la fuerza con la fuerza, cuando no le fuera posible recurrir á la autoridad para que lo defienda.

§ 654.—DE LAS CAUSAS DE LA POSESIÓN

Se entiende por causa de la posesión, el hecho, acto ó contrato que la originó; así, cuando se me ha entregado una cosa en arren-

tenencia, la ocupación siempre tiene que reposar sobre un derecho concedido: locación, comodato, depósito, etc., y como posee á nombre de otro, éste continúa poseyéndola aunque no la tenga materialmente; por eso la prescripción del que la tiene en su poder no puede operarse. Creo con Savigny, que en toda posesión se debe considerar el *animus domini*, reputándose como excepciones los casos en que se transfiere la mera tenencia. Es, pues, un error el creer que el tenedor es por regla general un poseedor precario, tomando aquí la palabra tenedor por la de poseedor, y la nota 2480 del Dr. Velez-Sarsfield no contradice esta opinión.—Comp. SAVIGNY, § 23. MOLITOR, n° 39. DURANTON, XXI, n° 181.—Véanse arts. 2265, 2351, 2364, 2365, 2445 á 2450, 2461 y 2480.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2352.—L. 5, Tit. 30, Part. 3ª, y L. 1, Tit. 8. Lib. 11, Nov. Rec.—L. 22, Tit. 2ª, Part. 3ª.—L. 1, Tit. 30, Lib. 7.—Cód. Romano.—Savigny, *De la posesión*, § 23.—Duranton, toin. 21, n° 181.—En el rigor de los principios, lo que otro tiene en mi nombre yo no lo poseo realmente, no lo tengo actualmente en mi poder, pues que él es quien lo tiene en el suyo. Mas, siendo la posesión precaria, respecto de mí, las leyes me consideran como poseedor, como que ejercito la posesión por su ministerio, y á él, como que sólo está en una posesión ajena.

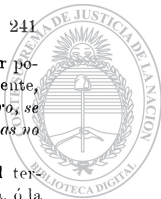
Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2352.—Los que ocupen un inmueble por razón de sublocación, son simples tenedores, y no pueden transferir derechos posesorios á un tercero reconociéndolo como propietario del inmueble.—LX, 450.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2352.—La posesión por veinte años á nombre de otro, como precaria, no puede conceptuarse de buena fe, ni conceder los derechos que la ley sólo reconoce al poseedor á nombre propio.—Jur. Civ., I, 523, Sér. 2ª.

El locatario no puede invocar la posesión como título legítimo, contra el propietario.—Jur. Civ., II, 200, Sér. 1ª.

Véase fallo al art. 2351.—Jur. Civ., VI, 433, Sér. 3ª.

El carácter de locatario que importa tenencia á nombre de otro, no puede modificarse por la sola voluntad, y por tanto se conserva aun en el caso de que por hechos sobrevinientes pudiera ser cambiado por el heredero, mientras judicialmente no fuere reconocido.—Jur. Civ., I, 245, Sér. 4ª.



damiento, poseo á nombre del propietario, y debo continuar poseyendo á ese título, á menos de haberme creado otro diferente, por eso dice el Código: *el que ha comenzado á poseer por otro, se presume que continúa poseyendo por el mismo título, mientras no se pruebe lo contrario* (art. 2353, 3ª parte).

Para cambiar la causa de la posesión es necesario que el tercero, por quien se poseía, haya autorizado para transferirla, ó la hubiere cambiado él mismo, ú otro que atribuyéndose derechos sobre la cosa hubiera otorgado un nuevo título al poseedor; pero éste por sí sólo y por propia voluntad no puede cambiarla, á menos de ejercitar actos que equivalgan á negarla á aquel por quien comenzó á poseer; esto importa la regla, de que, *nadie puede cambiar por sí mismo, ni por el transcurso del tiempo, la causa de su posesión* (art. 2353, 1ª parte); porque la voluntad por sí sola es impotente para producir ese efecto, en daño de otro, que con razón supone haber continuado la posesión en su nombre, como la entregó. Es respondiendo á este principio que se ha establecido la presunción de que, *el que comenzó á poseer por sí y como propietario de la cosa, continúa poseyendo como tal, mientras no se pruebe que ha comenzado á poseer por otro* (art. 2353, 2ª parte), me-

(Art. 2353.) La regla de que nadie puede cambiar por sí mismo ni por el transcurso del tiempo la causa de su posesión, se aplica á un pequeño número de casos en que el poseedor, por su propia autoridad, podría transformar su *causa possessionis*, sin adquirir por esa transformación la actitud de prescribirla. Así, cualquier acto del comodatario ó del depositario, con la intención de ejercer un verdadero dominio sobre la cosa, no le crearía el derecho de prescribirla, á menos de ejercitar ese derecho contra el que se la transfirió, ó contra su representante que la reclamase. Pero la regla no rige cuando el poseedor de mala fe comprare la cosa ó la recibiese por donación de aquel á quien cree propietario, porque este cambio en la posesión lo autorizaría á prescribir. Para que el poseedor pueda cambiar la causa de su posesión es necesario, pues, que exista no sólo el *animus domini*, sino que lo ejerza contra aquel de quien tiene la cosa, ya sea negándole la propiedad y atribuyéndosela á sí mismo, ya rechazando á su mandatario. No basta que el *tenere* ó el *poseedor* ejerza actos de dominio, si estos no llegan á conocimiento del dueño de una manera formal, haciéndole saber que se le desconoce su posesión. Así, el depositario ó el comodatario, podrían ejer-



dante un nuevo título; así, el que poseía la cosa á título de propietario y la ha enajenado, quedando como arrendatario, comodatario ó depositario, ha cambiado la causa de su posesión.

cer actos de dominio sobre las cosas depositadas ó dadas en comodato, y no se tendrían en cuenta para la prescripción; ellos jamás podrían prescribirla, si no mediasen actos de terceros que cambiasen el origen de la posesión, ó si esos actos no se tradujesen en un desconocimiento formal del derecho. El usufructuario ó sus herederos, como el comodatario, prendario, etc., no podrían alegar la prescripción, aunque pueden prescribir las acciones que nacen de esos contratos, por las responsabilidades que la ley les impone. Y esta regla se aplica aun á los casos en que el verdadero propietario, ignorando su derecho, tomase la cosa en locación del que la hubiese recibido en usufructo, y á quien él hubiera considerado como propietario; este reconocimiento equivocado no le impediría reivindicarla.

La regla se aplica á los que han comenzado á poseer por otro y se extiende á los herederos, de modo que éstos no pueden prescribirla; pero no rige para los poseedores á título singular, que comienzan á poseer por sí, sin tener en cuenta la causa de su antecesor. Por nuestro Código la posesión pacífica y pública de una cosa durante 30 años á título de dominio, basta para adquirirla sin tener en cuenta la buena ó mala fe; de modo que una posesión que ha comenzado por ser violenta ó clandestina no daría derecho para prescribir, sino desde el momento que la violencia ha cesado ó la clandestinidad ha desaparecido; por consiguiente, se puede decir, que en esos casos no es el mismo poseedor quien ha cambiado la causa de su posesión, sino los hechos producidos posteriormente.—Comp. SAVIGNY, § 7, pág 59. POTHIER, *Poseción*, n^{os} 10 y 11. MOLITOR, n^o 39 y 40. FREITAS, art. 3712. CÓD. DE CHILE, art. 730.—Véanse arts. 2354, 2387, 2447 y 2458.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2353.—L. 10, Tít. 14, Part. 3^a.—Cód. Francés, arts. 2230 y 2231. — Napolitano, 2137. — De Luisiana, art. 3404. — L. 3, § 19, Tít. 2, Lib. 41, Dig. Otra ley del mismo Título pone el ejemplo de una mutación en la causa de la posesión: *Si colonus a domino emerit, aut a domino heredes institutus fuerit*. Savigny, desde la página 69 (lea. 59) explica extensamente la difícil regla, que nadie puede cambiar por sí la causa de su posesión. Lo mismo Molitor en su *Tratado de la Posesión*, desde el n^o 39.—Véase también Troplong, sobre el art. 2231.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2353.—La posesión de un inmueble tenida por medio de tercero, da derecho para entablar contra el turbador de ella, el interdicto de retener. — XXX, 241.

Si por el abandono del tercero, el turbador se ha apoderado del inmueble



Y así, como no se puede cambiar la causa de la posesión, *tampoco se pueden cambiar por la propia voluntad, ni por el transcurso del tiempo, las cualidades ni los vicios de la posesión; tal como ella comenzó, tal continúa siempre, mientras no se cree un nuevo título de adquisición (art. 2354)*, ó se purgue el vicio en la forma de-

(**Art. 2354.**) Los vicios de la posesión son: la violencia, la clandestinidad y el precario. La mala fé no es un vicio verdaderamente y consiste en el conocimiento que el poseedor tiene de que la cosa no le pertenece; esa mala fe le impedirá prescribir á él y á sus herederos, fundado en el título de su adquisición, pero podrá alegar la prescripción trentenaria. La mala fe no se presume, cuando se tiene un título translativo de dominio, pero no puede alegar buena fe si no tiene título.

La violencia consiste en la posesión adquirida por la fuerza, sin que se distinga si ha usado ó no de armas, si ha sido material ó sólo por la intimidación, si el mismo poseedor ha cometido la violencia ó si ha sido otro que la hubiera empleado para ponerlo en posesión por su orden, ó que después lo hubiera ratificado. La violencia se purga cuando ha cesado la causa que la produjo, pero sólo al efecto de la prescripción de treinta años.

La posesión es clandestina, cuando los actos por los que se tomó ó continuó fueron ocultos, ó lo fué en ausencia del poseedor ó con precauciones para substraerla al conocimiento del que tenía derecho para oponerse, art. 2369.

Es precaria ó por abuso de confianza, cuando se ha recibido la cosa para restituirla, art. 2372. En la posesión clandestina ó por violencia, el vicio es sólo relativo á aquel contra quien se ha ejercido, así sólo podrán alegarla los que lo han sufrido. El injusto poseedor, es decir, el que posee la cosa por violencia ó clandestinamente, tiene una posesión útil y puede hacerla valer contra cualquier otro que no sea el que ha sido despojado.

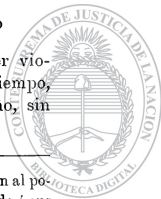
durante el juicio, debe éste ser obligado á devolver la posesión, y condenado á no inquietar en ella al poseedor. — XXX, 241.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2353.—El poseedor precario no puede cambiar por sí mismo ni por el transcurso del tiempo, la posesión que tenga á nombre de otro.—Jur. Civ., II, 157, Sér. 1^a.

Nadie puede cambiar por sí mismo, ni por el transcurso del tiempo, la causa de su posesión.—Jur. Com., II, 39, Sér. 1^a.

La posesión precaria, no da derecho para presentar.—Jur. Com., II, 39, Sér. 1^a.

Véase fallo al art. 2351.—Jur. Civ., IV, 129, Sér. 3^a.



terminada por la ley; así, la posesión que comenzó por ser violenta en su origen, deja de serlo por el transcurso del tiempo, cuando se ha tenido la cosa pacíficamente durante un año, sin reclamación alguna del desposeído.

Los vicios de una posesión que no han sido purgados, impiden al poseedor el adquirir la cosa por prescripción y continúan impidiendo a sus herederos sin límite alguno; pues éstos son la misma persona de su causante. Si el vicio de la posesión no hubiere cesado, los herederos no podrán prescribir la cosa ni aun por 30 años; porque no hay posesión que autorice la prescripción, á menos de un nuevo título. Cuando, por ejemplo, el causante ha recibido la cosa en depósito y los herederos la continuasen poseyendo como propia, no habrían cambiado la causa de su posesión, ni su ignorancia y buena fe les aprovecharía para prescribirla, de modo que en cualquier tiempo les podría ser reclamada. Se exceptúa la mala fe, art. 4016, tratándose de la prescripción de 30 años. Cuando el sucesor es á título singular, como ha comenzado una nueva posesión, no le perjudicará el vicio de su antecesor y sólo podrá serle alegado cuando pretendiera unir ambas posesiones.

No creo que el sucesor á título singular pueda unir la posesión violenta de su causante para prescribir la cosa por 30 años; así, cuando el acreedor anticresista que ha poseído á este título durante 25 años, vende la cosa, el comprador que á su vez la ha poseído seis, no puede unir las dos posesiones para alegar la prescripción trentenaria; los 25 años de posesión del anticresista no valen para la prescripción. Generalmente se confunden estos casos con la mala fe, que sirve para dicha prescripción y que se deben distinguir con cuidado. Cuando uno toma un terreno que no es suyo y lo posee durante 25 años, si lo vende y el comprador lo posee á su vez cinco años, puede unir ambas posesiones, porque la mala fe no está en las mismas condiciones que el abuso de confianza que no da acción para prescribir. Y esto lo dice bien claro el Dr. Velez-Sarsfield en la nota, tomada de Pothier: «cuando la une (á la posesión) no puede hacerlo sino con sus cualidades y sus vicios», y como resulta que su título no lo autorizaba al causante á prescribir, no puede invocarse por su sucesor una posesión que no es tal. Laurent, discute el caso, cuando el adquirente ha sido privado de la cosa por expropiación antes de cumplir el tiempo para la prescripción, y viene á cumplirla después de expropiado, y dice: «el derecho del poseedor al inmueble debe existir en el momento del contrato» y como no ha existido, le obliga á entregar el precio recibido por la expropiación. A, por ejemplo, com-



§ 655.—DE LA POSESIÓN LEGÍTIMA Ó ILEGÍTIMA

La posesión como un hecho debe ser protegida, sin que importe reconocer derecho alguno; pero cuando se penetra en la causa que le ha dado origen, puede dividirse en legítima é ilegítima. *La posesión será legítima, cuando sea el ejercicio de un derecho real, constituido en conformidad á las disposiciones de este*

pró el inmueble á B, poseedor de buena fe, y á los seis años sufre la expropiación; si cinco años después se presenta D, verdadero propietario que ha estado presente en la Provincia, y le reclama el precio de la expropiación, Laurent sostiene que debe entregársele, porque no puede alegar en su favor el tiempo corrido después de la expropiación y que sólo podría retenerlo en caso de prescribir el precio. La cuestión me parece muy dudosa, porque la cosa expropiada por el poder público ha dejado de ser propiedad privada, y no puede ser reivindicada por el verdadero dueño. Un sentimiento de equidad me hace rechazar la solución de Laurent. En efecto, ¿cuál es el derecho del verdadero propietario? Reivindicar la cosa; pero como el que ha poseído con buena fe y justo título durante 10 años la prescribe contra el que ha estado presente en la Provincia, resultaría que si hubiera pasado á un tercer poseedor su acción habría sido rechazada. ¿Por qué ganaría entonces con una situación imprevista? ¿Y por qué sería perjudicado el expropiado, que habría podido unir su posesión á la de su sucesor? Si la cosa ha salido del comercio ó ha desaparecido, la reivindicación no tendría lugar. ¿Por qué se le acordaría una acción sobre el precio, contra el que no poseo la cosa? Sería lo mismo que acordarle acción por el precio cuando el terreno hubiera sido ocupado por el río, desde que la acción reivindicatoria no puede ejercerse. Si su derecho se limita á reivindicar la cosa y ésta no existe, no hay razón para hacerla renacer sobre el precio. El Dr. Segovia es de esta opinión en su Código Civil anotado.—Comp. POTHIER, n° 33. MARCADÉ, al art. 2285, contra LAURENT, XXXII, nos 327 y 361. Dr. LLERENA, al art. 2354.—Véanse arts. 3270, 3271, 3418, 4001, 4015 y 4016.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2354.—L. 11. Cód. Romano, *De adq. poss.* —Pothier, *Posesión*, n° 33. Por ejemplo, si la posesión ha comenzado por ser una posesión violenta, clandestina ó de mala fe, continúa con la misma cualidad, no sólo en la persona del que principió la posesión, sino también en la de sus herederos y los herederos de sus herederos. No sucede lo mismo con el



Código (art. 2355, 1ª parte), produciendo entonces todos los efectos naturales del derecho de propiedad, si es el resultado de una enajenación, ó los de su fraccionamiento, si el título fuera un derecho fraccionario.

La posesión será *ilegítima, cuando se tenga sin título, ó por un título nulo, ó fuere adquirida por un modo insuficiente para adquirir derechos reales, ó cuando se adquiriera del que no tenía derecho á poseer la cosa, ó no lo tenía para transmitirla (art. 2355, 2ª parte);* pero en todos estos casos se habla de la posesión que confiere derechos reales, y no de la que es un hecho que sólo autoriza á pedir protección para mantenerse ó no ser inquietado.

§ 656.—DE LA POSESIÓN DE BUENA Ó MALA FE

La posesión puede ser de buena ó de mala fe. La posesión es de buena fe, cuando el poseedor, por ignorancia ó error de hecho, se

(**Art. 2355.**) Es una división doctrinaria que no tiene importancia real. Se hacen dos grandes grupos; la posesión *legítima* que comprende la adquirida con buena fe y justo título, ó legitimada por la prescripción, y la *ilegítima* que abraza en su generalidad toda posesión que no es suficiente para adquirir el dominio; por consiguiente no se comprende la mera tenencia que no es en realidad posesión, porque falta el *animo domini*; pero abraza los demás casos en que teniendo la cosa con ánimo de poseerla para sí, no tuviera título ó fuera nulo ó insuficiente para adquirir la propiedad. La posesión ilegítima no da derecho para invocar la prescripción trentenaria, sino en los casos de mala fe. Si la violencia, el abuso de confianza ó la clandestinidad no han desaparecido, esa posesión no tiene valor.—FREITAS, art. 3714.—Véanse mis notas 2352 á 2354.—Comp. arts. 2392 á 2399, 2412, 2503 á 2505, 2601 á 2603, 3270, 4007, 4010 y 4013.

que ha obtenido la posesión por un título singular. La posesión que ha comenzado en su persona, le es propia y no la continuación de su autor. Es verdad que el sucesor singular puede unir á su posesión la de su autor, y cuando la une, no puede hacerlo sino con sus cualidades y sus vicios; pero como sólo es una facultad, puede ó no hacer uso de ella.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2354.—Véase fallo al art. 2352.—Jur. Civ., I, 245, Sér. 4ª.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2355.—Duranton, tom. 21, n° 152.—Pothier, Posesión, n° 91.

persuadiere de su legitimidad (art. 2356); esta posesión es la que confiere derechos reales. El error de hecho queda explicado en el art. 930, tomo II.

El título putativo equivale á un título realmente existente, cuando el poseedor tiene razones suficientes para creer en la exis-

(Art. 2356.) El error de derecho no impedirá los efectos legales de los actos lícitos. Nuestro artículo sólo exceptúa el error de hecho excluyendo por consiguiente el de derecho, y es más claro que el art. 550 del francés que ha dado lugar á muchas discusiones. Así, el que compra un inmueble á una mujer casada, sin consentimiento de su marido, creyendo que no lo necesita; el que lo compra á un mandatario general creyendo que está facultado para vender, no pueden invocar buena fe. El error de hecho debe ser de aquellos en que ha habido razón para errar, á que se refiere el art. 929, y no se tendrán en cuenta los casos de negligencia culpable.

La buena fe es la creencia, sin *duda alguna* del poseedor, de ser exclusivo señor de la cosa, art. 4006; pero como la duda es un estado interior del espíritu, es necesario que se manifieste por actos exteriores, y será siempre una cuestión de hecho la de averiguar cuando ha existido.

La *persuasión* de que la habla el artículo debe ser de aquellas que no dejen duda, y de cualquier modo que se tenga, si no se funda en un error de derecho, producirá el efecto necesario para percibir los frutos.

El título translativo de la propiedad no es una condición especial y distinta de la buena fe, es sólo un elemento y medio de probarla, tratándose de la percepción de frutos.

Los casos del art. 4009, de un título nulo por su forma, en que la ley supone mala fe en el poseedor, quedan comprendidos en el error de derecho, como si la transmisión del inmueble se hiciera en instrumento público que no estuviere firmado por las partes, á menos de que la cosa hubiera sido adquirida por su mandatario y no lo conociera, ni tuviera en su poder el título de adquisición, en que podría alegar el error de hecho. La persuasión de que la cosa le pertenece puede provenir de la existencia de un título, ya se tome esta palabra en el sentido de la causa generadora del derecho, ó como el instrumento donde conste el contrato; ya se funde en la calidad que se atribuye la persona, como, por ejemplo, si poseyere á título de heredero.

Cuando se trata de la percepción de frutos es necesario que la buena fe exista en cada percepción, porque no se los conceden sino en razón de su buena fe: no sucede lo mismo en cuanto á la prescripción de 10 y 20





tencia de un título á su favor, ó para extender su título á la cosa poseida (art. 2357); pero es sólo con relación á la percepción de frutos ó para la adquisición de la cosa por la prescripción. De donde se deduce, que el que posee en virtud de un título translativo de la propiedad, una cosa que cree pertenecerle, debe ser considerado como poseedor de buena fe. Así, el que se cree con razón, con un título translativo de la propiedad, será tenido como po-

años, pues basta la buena fe en el momento de la adquisición. El art. 3428 es una excepción á los principios enseñados por este artículo.

Freitas, art. 3716, § 1, dice con más claridad: «cuando el poseedor estuviere persuadido por ignorancia ó error de la legitimidad de la posesión bajo todos respectos, á saber: no sólo en cuanto á la existencia, calidad y validez del título, sino en cuanto al modo de adquisición y en relación al derecho de quien se lo ha transmitido, siempre que la ignorancia ó error sea de hecho ó excusable».—Comp. DEMOLOMBE, IX, n^{os} 596 y sig. Cód. DE CHILE, art. 706. Cód. ITALIANO, art. 701.—Véanse arts. 2212, 2272, 2273, 2357, 2397, 3428, 4006 á 4009.

(**Art. 2357.**) Es necesario no confundir la buena fe de la posesión para la percepción de los frutos y las responsabilidades que traen respecto de los deterioros de la cosa, con la que se exige para prescribir. En el primer caso, basta que el poseedor tenga razones suficientes para creer en la existencia del título, la buena fe existe y hará suyos los frutos percibidos; en el segundo, es necesario que el título exista y no tenga vicio alguno, arts. 4011 y 4012.

El presente artículo y el anterior legislan los mismos casos, sea que exista ó sea nulo el título, sea que no exista creyéndolo por error de hecho; porque todos exigen en el poseedor la convicción, ó como dice el Cód. Chileno, art. 706, «la conciencia de haber adquirido el dominio de la cosa, sea que esta conciencia venga de tener el título en su poder, ó en el de otro á quien se le facultó para adquirir».

En materia de percepción de frutos, el título sólo se exige como un medio de prueba de la buena fe; mientras para prescribir se le considera como distinto é indiferente de ésta; por consiguiente, se debe juzgar como título putativo, un título realmente existente por el cual se transfiere el dominio; así, el depositario, el mandatario, no podrán alegar

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2356.—L. 9, Tit. 2^o, Part. 3^a.—L. 9, Tit. 33, Part. 7^a.—Cód. Francés, art. 550.—De Luisiana, art. 495.—L. 109, Tit. 1^o, Lib. 50, Dig.—Duranton, tom. 21, n^o 191.



seedor de buena fe, aunque el título no haya existido, como sucedería, por ejemplo, en el caso en que un pariente fuere llamado á recoger la herencia, y se probare después la existencia de otro más cercano que hubiera sido desconocido, y se presentare reclamándola, ó se exhibiera un testamento desconocido.

¿Cuándo debe existir la buena fe de la posesión? ¿Basta que sea en el principio, aunque después sepa que la cosa no le perte-

título para percibir los frutos. Es indiferente que el título translativo sea á título oneroso ó gratuito, provenga de contrato ó testamento. El título puede no existir en casos excepcionales, como si el mandante ha encargado la adquisición del inmueble, y éste se le entrega asegurándole haberlo adquirido; ó puede existir anulado, como el legatario que ha tomado la cosa, cuando un testamento aún no conocido revocaba el legado; ó si el heredero toma posesión de bienes que no estaban comprendidos en la sucesión, como en los casos de los arts. 2212 y 2272 de cosas depositadas ó dadas en comodato.

En derecho francés se ha discutido extensamente sobre lo que se debía entender por título putativo, exigiendo unos la necesidad de la existencia del *título*, y los otros que podían no existir en los casos de error de hecho, cuya doctrina ha consagrado nuestro artículo. «Para que la buena fe exista, dice Demolombe, la ley exige que repose sobre una causa legítima de error (de hecho), no es porque el título translativo de propiedad sea una condición especial y distinta de la buena fe; por el contrario, éste es sólo un elemento ó un medio de prueba»; así es que la buena fe puede existir sin título real. Son cuestiones de hecho que los magistrados resolverán.

Hay título putativo y se adquieren los frutos, cuando la cosa se compró al que no era dueño, creyéndolo propietario, aun cuando la hubiere comprado á sus riesgos y peligros; porque esta última cláusula no sería bastante para atribuirle mala fe.

¿Qué se decidiría cuando se vende y entrega la cosa de otro, obligándose el vendedor á hacer ratificar la venta? ¿El comprador habría hecho suyos los frutos respecto del verdadero propietario que la reivindicó? Es necesario distinguir: si el dueño ha ratificado la venta y la reivindicación del tercero viene después, habría ganado los frutos, porque la ratificación retrotrae el contrato al tiempo de la venta; pero si la reivindicación se hace antes, como no puedo considerarme dueño, porque en realidad poseo la cosa de otro, los frutos no me pertenecen. Si la cosa se hubiere vendido por un menor ocultando su incapacidad ó por un



nece? *Cuando se trate de frutos percibidos, la buena fe del poseedor debe existir en el origen de la posesión y en cada hecho de la percepción de los frutos (art. 2358)*; porque en cada percepción

mandatario que exhibe un falso poder, ó en otros casos semejantes de errores de hecho, la adquisición sería válida para hacer suyos los frutos percibidos por el adquirente, aunque otra cosa se juzgaría así para la prescripción. Creo, como Demolombe, que si el adquirente conocía la incapacidad del enajenante, hace no obstante suyos los frutos contra el tercero que la reivindica, si en el momento de la reivindicación la nulidad hubiera sido cubierta por la ratificación; porque ésta retrotrae el contrato al momento de su celebración. En los casos de violencia, error, dolo, etc., ignorados por el adquirente, como tiene un título que prueba su buena fe adquiere los frutos; lo mismo se decidirá en los casos de la inalienabilidad de una cosa que el adquirente ignorase (por error de hecho) que no se podía enajenar.

En cuanto al vicio de forma en el instrumento, nuestro Código declara que supone la mala fe, art. 4009, pero es para la prescripción, y debe aplicarse igualmente á la percepción de frutos, á pesar de la opinión contraria de Demolombe, IX, n° 608.—Comp. AUBRY y RAU, § 206, texto y nota 15, DU CARROV, BONNIER y ROUSTAIN, II, n° 100.—Véanse arts. 786, 787, 2212, 2272, 2356, 2358, 4009 y 4011.

(**Art. 2358.**) En estos artículos se trata de la percepción de frutos y no de la prescripción de la cosa. Así, el poseedor hace suyos los frutos mientras dura su buena fe, que debe existir en cada percepción, pues en cada uno de ellos hay una nueva adquisición, esa es la razón de exigirle la buena fé. ¿El heredero del poseedor de mala fe, hará suyos los frutos percibidos, cuando él ha tenido personalmente buena fe? El heredero representa la persona del difunto, y si consideramos la cuestión bajo ese aspecto, deberíamos decidirla por la negativa; pero eso sería tratándose de la prescripción no de la adquisición de los frutos. Hemos visto que en los casos de depósito y comodato, cuando el heredero ignorando el contrato ha enajenado la cosa, no está obligado sino por el precio arts. 2212 y 2272, eximiéndolo de la devolución de la cosa y de los frutos. ¿Por qué no aplicaríamos estos principios tratándose de la percepción de los frutos? Esta opinión es apoyada por gran número de autores franceses, que cita Demolombe, n° 613, aunque es contradicha por Pothier, Domat y Delvincourt; pero por nuestro derecho no puede caber duda



hay se puede decir, una nueva posesión con relación á los frutos, no así para adquirir la propiedad, pues entonces basta la buena fe y el título translativo de la propiedad para adquirirla; pero como la buena ó mala fe es personal al poseedor, resulta de ahí que debe ser apreciada sólo en la persona de ésta; así, *cuando dos ó más personas poseyeren en común una cosa, cada una de ellas responderá de la buena ó mala fe de su posesión (art. 2359).*

ante el art. 2361, y la nota del Dr. Velez-Sarsfield confirma la teoría cuando dice: «la percepción de los frutos reposa sobre la buena fe del poseedor».—AUBRY y RAU, § 206, nota 20, trata extensamente la cuestión sosteniendo la interpretación que damos.—Véanse arts. 1833, 2361, 2423, 2432 á 2434 y 4008.

(**Art. 2359.**) La adquisición de una cosa puede ser hecha de buena fe por una parte de ella y de mala fe por la otra, ó se puede comenzar poseyendo de buena fe y perderla uno de los adquirentes, conservándola el otro; en estos casos, como la percepción de frutos y su adquisición se concede únicamente á la buena fe del poseedor, el de buena fe los hará suyos, no así el de mala fe, ó si es uno el adquirente hará suyos los que correspondan á la parte poseída de buena fe y devolverá los otros. El artículo se aplicará, pues, no sólo cuando los poseedores sean dos ó más, en que cada uno responderá de su buena fe, sino cuando uno hubiera adquirido la cosa de dos ó más, y respecto de unos tuviera buena fe y mala con relación á la parte de los otros.

La buena ó mala fe son personales al adquirente é independiente de la que puede tener su causante, cuando trata de la percepción de los frutos, no así para la prescripción. El enajenante puede tener mala fe y no dañará al adquirente de buena fe, que hará suyos los frutos percibidos; así como esta no aprovechará al adquirente de mala fe; pero para la prescripción, la buena fe en el momento de la adquisición, lo autoriza

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2358.—En la prescripción basta que la buena fe haya existido en el momento de la adquisición. La razón es, que la prescripción para adquirir, reposa sobre la posesión, es decir, sobre un estado de cosas permanente, cuyo carácter se determina en general de una manera invariable. Al contrario, cuando se trata de la posesión para la adquisición de frutos, porque tal adquisición reposa sobre una percepción hecha de buena fe, cada acto de percepción constituye un hecho aislado, cuyo carácter es independiente de las percepciones anteriores. El poseedor, pues, no podría prevalerse de la buena fe originaria.—Véase Aubry y Rau, § 204, n° 5, y L. 28. Tit. 1, Lib. 41, Dig.



Como el poseedor pretende hacer suyos los frutos percibidos, necesita tener buena fe por su parte en cada percepción, sin que pueda invocar la buena fe de su causante.

En la posesión de las corporaciones y sociedades será la posesión de mala fe, cuando la mayoría de sus miembros sabía la ilegitimidad de ella. Si el número de los miembros de buena fe, fuera igual al número de los miembros de mala fe, la posesión es de mala fe. Los miembros de mala fe deben indemnizar á los de buena fe de la privación de la posesión (art. 2360).

para unir su posesión á la de su causante, aunque después conociera el vicio. Vazeille, *Prescripción*, n° 498, dice: «la adquisición de una cosa puede ser de buena fe por una parte y de mala fe por la otra porción», lo que sucedería cuando se compra la parte indivisa de una propiedad al dueño y la otra se adquiere del que la tomó por violencia. Freitas, art. 3725, agrega: «el co-poseedor de buena fe no sacará provecho de la mala fe de los otros co-poseedores en perjuicio de terceros». — Véanse arts. 2361, 4000, 4004 y 4005.

(**Art. 2360.**) Cuando se trata de personas incapaces de tener una voluntad, como los menores impúberes, ó si tienen incapacidad absoluta de manifestarla por sí mismas, como las personas jurídicas, entonces se prescinde, y debe prescindirse de las personas dueñas, por decirlo así, del derecho, porque no habiendo intención ni voluntad no puede existir buena ó mala fe; en ese caso debe buscársela en el representante para la adquisición de los frutos, porque los individuos que forman la persona jurídica son completamente independientes de ésta. El artículo se refiere, pues, á las sociedades ó corporaciones que no son personas jurídicas, aunque hubieran dado la administración ó gerencia á uno de sus socios; entonces la buena fe de su representante no les aprovechará si la mayoría de los miembros tenían conocimiento de los vicios de la adquisición; y la mala fe del representante tampoco les perjudicará, si ellos tienen buena fe; en ese caso debe investigarse la buena ó mala fe de los asociados. ¿Cómo podría hacerse, ni qué influencia tendría la buena ó mala fe tratándose de los miembros de una persona jurídica? Es sin du-

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2359.— La división no importa posesión en comunidad de los bienes testamentarios, siempre que los albaceas ó representantes de la testamentaria reconozcan poseer y obren á nombre del adquirente ó cesionario de los herederos y no de éstos.—Jur. Civ., IV, 342, Sér. 4ª.



En la percepción de frutos se dijo, que la buena ó mala fe era exclusivamente personal al poseedor, y que nada tenía que ver con ella el originario, ni para favorecerlo ó dañarle, sucediendo lo contrario que en la prescripción, y este principio lo consagra el **art. 2361** al decir: *en la percepción de los frutos, la buena ó mala fe, del que sucede en la posesión de una cosa, será juzgada sólo con relación al sucesor y no por la buena ó mala fe del antecesor, sea la sucesión universal, ó sea singular.*

Los derechos que la posesión confiere se rigen por los principios siguientes:

da á ellas que se refiere Freitas, art. 3726, n° 4, al decir: «repútase que hay buena ó mala fe en la corporación según sea la de su representante». Troplong y Delvincourt sostienen, que la mala fe del asociado que ha introducido como capital una cosa ajena, no autoriza á los demás socios de buena fe para hacer suyos los frutos, conclusión que rechazamos como contraria á los principios sentados en los arts. 2356 y sigs. Para hacer el cómputo entre los asociados debe considerarse en su totalidad por personas cualquiera que sea el interés que tuvieren. Creo como el Dr. Segovia, que en caso de ser igual el número de socios de buena fe al de los de mala fe debería reputarse la posesión de buena fe para la percepción de los frutos, porque en caso de duda la buena fe se presume, pero el artículo decide lo contrario. — Comp. FREITAS, l. c. TROPLONG, *Prescripción*, n° 934, y DELVINCOURT, II, 654.

(**Art. 2361.**) No se trata de saber si como heredero del causante de mala fe debe restituir los frutos percibidos por éste: pues, representándolo y estando obligado por él, como si fuera la misma persona, estará obligado en los mismos términos: ni se puede prescribir con el título de heredero; no, el artículo habla de la percepción de frutos. Si el sucesor es de mala fe, no hará suyos los frutos, aunque su antecesor haya tenido buena fe, y no deba restituir los percibidos por él; por el contrario, los adquirirá, si tiene buena fe, á pesar de la mala fe de su antecesor.

Nuestro artículo viene á decidir una de las cuestiones más controvertidas en derecho francés, tratándose de los sucesores universales, resolviéndola en favor de los que atribuyen á la buena fe personal del heredero efectos bastantes para la adquisición de los frutos, separando en cuanto á la percepción el hecho actual é individual del heredero, del hecho de su causante; decisión conforme con los principios



1° *Todo poseedor tiene para sí la presunción de la buena fe de su posesión, hasta que se pruebe lo contrario, salvo los casos en que la mala fe se presume (art. 2362), y esta presunción se funda en*

enseñados por el Código y con la equidad, fuente de todo derecho. — Comp. DEMOLOMBE, IX, n^{os} 613 y 614, que trae todas las autoridades que apoyan y contradicen la doctrina. AUBRY y RAU, § 206, nota 20. FREITAS, art. 3727. — Véanse arts. 2354, 2358, 2432 y 2475.

(**Art. 2362.**) La expresión de, *todo poseedor* debe tomarse en un sentido absoluto, porque el poseedor no debe mostrar título alguno, para que se le considere de buena fe. ¿Cómo puede demostrarse la mala fe? Por todo género de prueba, porque el dueño no ha podido premunirse de una escrita. Lo mismo sucederá si habiendo comenzado á poseer de

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2561.—Aubry y Rau, § 181 y nota 12. Para sostener la opinión contraria, se dice que la posesión del difunto se continúa con el vicio de mala fe en la persona del sucesor universal, y que lo mismo debe ser, aunque se trate de la percepción de los frutos, como lo prueba la L. 2, Tit. 51, Lib. 7, Cód. Romano. Que por otra parte, admitiendo que el sucesor universal ganase los frutos por su buena fe personal, estaría obligado á restituírselos, como obligado por todos los hechos de su autor y principalmente por todas las obligaciones que gravasen á éste por su indebida posesión. Este doble argumento nos parece infundado. Si el sucesor universal de un poseedor de mala fe, no puede, á pesar de su buena fe personal, valerse de la prescripción, es, por una parte, porque la prescripción exige la buena fe al hacerse la adquisición; y por otra, porque la sucesión no es sino un título translativo de las cosas de que el difunto era propietario. En este sentido y respecto á la prescripción, es una verdad que la mala fe del autor se continúa en la persona de su sucesor universal. Mas otra cosa es, cuando se trata de la percepción de los frutos. Estando acordada la dispensa de restituir los frutos á toda persona que los ha percibido de buena fe, no puede haber embarazo alguno para que el sucesor universal pueda por sí mismo invocar este beneficio respecto á los frutos que ha percibido. La Ley Romana que se cita, no es contraria á esta doctrina, porque ella no se ocupa, sino de los frutos percibidos después de la demanda.

En cuanto al segundo argumento, parte de una idea demasiado absoluta, pues pretende hacer responsable al poseedor de mala fe de las consecuencias de su indebida posesión, aun posteriores á su muerte. Se comprende que tal poseedor esté obligado á restituír, no sólo los frutos percibidos por él, sino aun los que no hubiese percibido, y también los percibidos por un tercero á quien hubiese con dolo transmitido la posesión. Pero no se comprende que la obligación de restituír los frutos, subsista después de su muerte, y se transmite á su heredero, cuando la cesación de su posesión, mera consecuencia natural de su muerte, no se encuentre viciada por ninguna especie de dolo. —Duranton, tom. 4, n° 351.—Marcadé, sobre el art. 550, n° 2.—Pothier, *De la propiedad*, n° 340.—Aubry y Rau, § 206, n° 4 y nota 18.



lo que sucede ordinariamente, pues nadie posee una cosa sin tener algún derecho.

2° *El poseedor no tiene obligación de producir su título á la posesión, sino en el caso que deba exhibirlo como obligación inherente á la posesión. Él posee, porque posee (art. 2363; pero ésto*

buena fe, hubiera dejado de tenerla, aunque lo contrario sostenga Duranton, IV, n° 358, y Delvincourt, II, pág. 5, nota 6; porque no podemos obligar al propietario á proporcionarse una prueba escrita del conocimiento que haya tenido el poseedor de los vicios de su posesión. La ley presume la mala fe en cualquier arrendamiento hecho por el marido, después de la demanda de separación, y se reputa nulo cualquier recibo anticipado de rentas ó alquileres, art. 1297, así como la presume en los casos de los arts. 1575 y 2223. Cuando la nulidad es manifiesta, art. 1038, no habría título, y en general, debe considerarse como poseedor de mala fe, á menos de demostrar que adquirió la cosa por mandatario sin recibir el título: eso mismo sucedería cuando no lo tuviera por la misma causa, creyendo sin duda alguna que la cosa le pertenecía por haberla mandado adquirir, caso del art. 2357, pero entonces le corresponde la prueba. Es poseedor de buena fe el que exhibe un título translativo de dominio, que no tenga vicios manifiestos. — Comp. DEMOLOMBE, IX, n° 615. TROPLONG, n° 529. AUBRY y RAU, § 218, nota 30.

(Art. 2363.) La aplicación de este principio tiene lugar en los juicios posesorios cuando se demanda la posesión. La protección concedida por la ley al poseedor, no es porque se le considere propietario de la cosa, ni se presuma en su favor un título, sino porque la cosa sometida al poder del individuo es una manifestación de su actividad, una prolonga-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2362.—Pothier, De la posesión, n° 18.

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2362.—*La ley presume la buena fe en el segundo poseedor á título oneroso, no obstante la mala fe justificada del primero.—Jur. Civ., IV, 412, Sér. 1°.

La Municipalidad debe justificar el título que invoca sobre cualquier terreno poseído por particulares.—Jur. Civ., VII, 472, Sér. 1°.

Procede la tercera de dominio, si el opositor del embargo justifica la propiedad exclusiva de los muebles embargados.—Jur. Com., III, 283, Sér. 4°.

La posesión y el pago del alquiler del predio donde se encuentran los muebles, forman prueba de su propiedad y hacen procedente la tercera, aun cuando el ejecutado tenga en el mismo local su domicilio.—Jur. Com., III, 283, Sér. 4°.

La prescripción corre aun durante la indivisión de la herencia, siempre que se reconozca que el heredero poseía á nombre propio sin reconocer condominio.—Jur. Civ., IV, 47, Sér. 5°.



tiene lugar sólo cuando se trata de acciones posesorias, no así en los casos de reclamarse la propiedad ó algún derecho real.

ción de su misma persona, que la ley debe proteger. Se basa en leyes necesarias á la existencia de la sociedad, destinadas á mantener el orden y armonía que deben guardar los individuos. Es necesario no confundir el juicio posesorio, donde se reclama sólo la posesión, con el petitorio, en que se pide la propiedad; y es porque se ha hecho esta confusión, que algunos jueces han decidido que cuando el Estado reclama la propiedad de una cosa raiz debe exhibir el título, y mientras no lo hiciere, el poseedor será mantenido en la propiedad que no ha demostrado tener. No; el que posee una cosa á título de propietario, debe demostrar que tiene un título que lo acredita dueño, porque si no lo hiciere ó no tuviere la prescripción de 30 años, ese bien se considerará vacante, y deberá entregarse á la nación, provincia ó municipalidad según el caso. Lo que la ley no permite es que el poseedor sea molestado por simple curiosidad, y lo faculta entonces para no dar cuenta de su posesión. — Véase mi nota al art. 2342, n° 1.

Freitas, art. 3715, dice: «la posesión tiene en su favor la presunción de ser legítima hasta que no se pruebe que es ilegítima». La l. 11, tit. 31, lib. 3, Cód. Romano, agrega: «el poseedor no debe ser obligado á mostrar el título de su posesión, á aquel que lo ataca respecto de *esa posesión*, á menos que no fuera para saber si él posee á título de poseedor ó de heredero».

El poseedor que en un juicio petitorio deducido por un particular, se limitase á rechazar la pretensión del reclamante sin presentar título alguno, debe ser protegido, si aquel no demostrase que la cosa le pertenecía. Ulpiano hacia sentir la diferencia entre la propiedad y la posesión, cuando decía: *nihil commune habet proprietatis cum possessione*, separando así el hecho del derecho. Es para garantizar el hecho de la posesión que la ley ha creado los interdictos. — Véanse arts. 2215, 2276, 2362, 2417, 2468 á 2470. 2789.

Fallos de la S. C. N. — Aplicación del art. 2363. — Improbada la existencia del derecho real en que se funda la acción reivindicatoria del demandante, debe el demandado ser absuelto, cualquiera que sea el título porque posee. XLIX, 274.

No probado el dominio en la acción reivindicatoria, procede la absolución del demandado. LIII, 101.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2363. — La posesión reconocida, se presume que es á título de dominio, mientras el que intente cambiarlo no justifique que era á otro título. — Jur. Civ., IX, 245, Sér. 1ª.



§ 657. — DE LA POSESIÓN VICIOSA, VIOLENTA, CLANDESTINA Ó POR
ABUSO DE CONFIANZA

Para que la posesión sirva de base á un derecho, fuera de los interdictos que se conceden, para proteger el orden social, es necesario que no sea viciosa. *La posesión será viciosa cuando fuere de cosas muebles adquiridas por hurto, estelionato ó abuso de confianza; y siendo de inmuebles, cuando sea adquirida por violencia ó clandestinamente; y siendo precaria, cuando se tuviese por un abuso de confianza (art. 2364).*

(Art. 2364.) Este artículo habla de la posesión de *mala fe*, como lo dice Freitas, en el art. 3717, de donde fué tomado, porque si hubiese buena fe puede hacer suyos los frutos percibidos, á pesar de los vicios. Aunque el art. 4009 habla del *vicio* de forma para la prescripción, que hace suponer la mala fe en el poseedor, no debemos considerarla entre los vicios de la posesión, que sólo comprenden los medios ilícitos, porque se toma ó se adquiere. La violencia respecto de las cosas muebles está representada por el robo, y la clandestinidad por el hurto. El estelionato lo comete aquel que de mala fe promete como libre una cosa que no lo está, ó contrata sobre cosas ajenas como propias y no las entrega, arts. 1178 y 1179, y no vemos cómo se puede adquirir la posesión por estelionato, á menos de suponer que toma la cosa sabiendo que es ajena. El abuso de confianza, la violencia y la clandestinidad son comunes á la posesión de las cosas muebles ó inmuebles. Los romanos llamaban posesión *justa* á la que estaba exenta de los vicios indicados, mientras los autores franceses la llaman legal. La posesión precaria, tanto por el derecho romano como por el nuestro, art. 2285, es tomada en el sentido de que el individuo tiene la cosa por un tiempo indeterminado, para restituirla cuando lo exigiera el dueño, y por consiguiente, no se aplica al simple tenedor; pero, en otros lugares del mismo Código se toma, como lo hace el derecho francés, cuando no se tiene la cosa á título de propietario. — Véase l. 1, § 9, l. 2, tit. 17, lib. 43, Dig., y FREITAS, arts. 3717

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2363. — El poseedor no puede ser obligado á presentar los títulos en virtud de los cuales posee. — Jur. Civ., VIII, 205, Sér. 2ª.

El demandado por escrituración, no está obligado á presentar sus títulos. Jur. Civ., IX, 217, Sér. 2ª.



La violencia de la posesión no puede oponerse sino por el que la ha sufrido, es exclusivamente personal. *La posesión es violenta, cuando es adquirida ó tenida por vías de hecho, acompañada de violencias materiales ó morales, ó por amenazas de fuerza, sea por el mismo que causa la violencia, sea por sus agentes (art. 2365),*

y 3718.— Véanse arts. 1091, 1178, 1179, 2272, 2353, 2355, 2365, 2367, 2369, 2371, 2382, 2478 y 4016.

(**Art. 2365.**) La posesión violenta por oposición á la tomada pacíficamente, tiene lugar cuando ha sido adquirida y conservada por actos de fuerza materiales ó morales; esta posesión no sirve para prescribir, á menos de haberla purgado, lo que sucedería si después de un año no hubiera sido molestado por el violentado. La violencia difiere del vicio de mala fe en que, en todo acto violento hay mala fe, mientras esta puede existir sin la violencia. La violencia moral comprende la intimidación de hacer un mal mayor al poseedor ó á su mujer é hijos en los términos de los arts. 937 y 938. Para que la violencia exista es necesario que se haya arrojado por la fuerza al poseedor. «Sin duda que el despojado por la violencia no entiende desapoderarse de la cosa, y si cuando cesa de experimentarla deja al usurpador poseerla tranquilamente, este último no tiene sino una posesión de mala fe, que puede servirle para operar la prescripción de 30 años.» Así se expresaba Bigot, en su informe al Cuerpo Legislativo francés.

La violencia puede tener lugar no sólo con relación á la cosa misma sino respecto de la persona del poseedor; la l. 1, § 47, tít. 16, lib. 43, Dig., nos trae este ejemplo: «cuando el poseedor en lugar de ser expulsado de la casa, ha sido privado de su libertad en la misma casa». Si la violencia se usa por el que tiene derecho á la cosa para arrancar al poseedor un acto de abandono, la posesión no será violenta, porque está fundada en un título, y el acto estará sujeto al art. 4030.—Comp. POTHIER, l. c., n° 7. AUBRY y RAU, § 180, nota 23. WOODON, *Posesión*, n° 145, y FREITAS, art. 3719.— Véanse arts. 937, 938, 2366, 2367 y 2473.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2364.— Duranton, tom. 21, n° 153.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.— Aplicación del art. 2364.— La posesión del que por ministerio de la ley se conceptúa heredero *ab intestato*, no puede declararse precaria, sin la prueba plena que corresponde al que afirma tal hecho.— Jur. Civ., II, 561, Sér. 2ª.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2365.— Véase L. 1, Tít. 8, Lib. 11, Nov. Rec.— L. 4, Tít. 2ª, Part. 3ª.— L. 7, Tít. 32, Lib. 7, Cód. Romano.— Aubry y Rau, § 180, n° 3.— Sobre la posesión violenta, véase Pothier, *Posesión*, desde el n° 19.



que obrasen en nombre de su representado ó en su provecho. La violencia desaparece ó se purga, cuando el que la ha ejercido ha estado tranquilamente en posesión de la cosa.

La violencia existe, bien sea que se ejecute por la persona ó por sus agentes, ó que se ejecute con su consentimiento, ó que después de ejecutada, se ratifique expresa ó tácitamente (art. 2366); por que la ratificación equivale al mandato.

Existe igualmente el vicio de violencia, sea que se haya empleado contra el verdadero dueño de la cosa, ó contra el que la tenía á su nombre (art. 2367), con tal que el perjudicado por la desposesión sea el propietario de la cosa ó el que la tenía con derecho de poseerla.

La desposesión que priva de la posesión al tenedor de la cosa, sólo perjudica al despojado, de ahí la regla de que *la violencia no constituye sino un vicio relativo respecto de aquel contra quien se*

(Art. 2366.) Ulpiano dice: si he ratificado el hecho del que ha desposeído en mi nombre, muchos jurisconsultos piensan que se debe considerar como si yo mismo hubiera desposeído, l. 1, § 14, tit. 16, lib. 43, Dig., porque la ratificación equivale á un mandato; pero no sucedería, si sabiendo que la posesión fué adquirida violentamente para el que la tomó la aceptara después, pues sólo sería entonces poseedor de mala fe. Para que la ratificación produzca el efecto de hacer adquirir la posesión violentamente, es necesario, pues, que se la tome á nombre mío, y que yo acepte lo hecho en mi nombre.— Véase POTHIER, l. c., n° 7. Cód. DE CHILE, art. 12, § 2.

(Art. 2367.) Es necesario que otro la tenga á nombre del poseedor para que éste se considere violentado y no pueda prescribirla en su contra. Si el violentado la tiene á nombre propio, el verdadero dueño no podrá alegar violencia. La violencia se purga por la posesión tranquila posterior, y autoriza á prescribir la cosa por 30 años. Si la violencia se ejerció en el contrato mismo para transferir la propiedad, la acción para decir de nulidad de ese acto, se prescribe por dos años desde que cesó la violencia, art. 4030, y por consiguiente la cosa se habría adquirido no por proscripción respecto del violentado, sino por un título que no puede ser atacado por esa causa.— FREITAS, art. 3719.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2366.—Pothier, Posesión, n° 23.—L. 1, § 14. Dig. De vi et de vi arm.



ejerce (**art. 2368**), sin que los demás puedan alegarla, desde que contra ellos no ha existido hecho alguno.

(**Art. 2368.**) El artículo supone que la prescripción se alega contra el que sufrió la violencia, de modo que cuando A, dueño de una cosa que posee B, para sí y como dueño, y de que ha sido violentamente privado quiere reclamarla de C, despojante, no puede oponerle la violencia ejercida contra B, y C, puede alegarle la prescripción. El propietario en este caso vendría á ser un tercero extraño contra el cual no se ha ejercido violencia alguna. Aún más, el contrato del que resulta la posesión, como la compra-venta, por ejemplo, puede estar viciada por la violencia; peropasados los dos años de la prescripción de la acción, art. 4030, quedaría purgada, y podría oponer al verdadero dueño que no intervino en el acto, la prescripción de 10 y 20 años, pues tiene un título translativo de dominio. En este sentido se puede decir, que el rechazo de la turbación de la posesión cuando quiere recobrar la cosa el propietario, no constituiría una violencia; pero, ¿sería bastante para interrumpir la prescripción? No lo creo, porque la interrupción no tiene lugar sino por acto judicial; (art. 3986 y su nota), pero si fuera privado de la posesión por más de un año, aunque lo hubiere ejecutado por un tercero extraño, aprovecharía al propietario, art. 3990.

Por nuestro derecho no se puede sostener la opinión de Vazeille, n° 69, de que las vías de hecho ejercidas por el propietario para recuperar la cosa, por numerosas que fueran, podrían interrumpir la prescripción. — Comp. DURANTON, XXI, n° 210, que discute extensamente el punto. AUBRY y RAU, § 180, texto á la nota 27.

No hay distinción que hacer entre la violencia material ó la simple intimidación, como no la hay entre que el desposeído sea el mismo poseedor ú otro que poseyera en su nombre.

En el derecho romano la posesión adquirida por violencia se consideraba *viciosa*, y no era susceptible de producir la usucapión; por nuestro derecho, ese vicio se purga, en los contratos, por dos años.

Pero es necesario distinguir, que así como la violencia para adquirir la posesión es un vicio, esa misma violencia usada para mantenerse en la adquirida pacíficamente no lo es; por el contrario, es el uso de un derecho reconocido por la ley. La posesión *pacífica*, en este sentido, es, pues, aquella que se adquirió sin violencia, aunque haya sido turbada por hechos de extraños ó del mismo que se cree con derecho á la posesión; así, dice Colmet de Santerre, VIII, 336, bis, V y VI: «el vicio de violencia supone hechos emanados *del poseedor* y no de aquel



La clandestinidad está en la intención y en los medios empleados para ocultar la posesión de aquellos que deben conocerla; así es que aun siendo pública la posesión para los demás, si se ha ocultado cuidadosamente del que podía reclamarla, se juzgará como clandestina; esto es lo que entiende el Código cuando dice en el **art. 2369**: *la posesión es clandestina, cuando los actos por*

contra quien se prescribe ó de un tercero; es decir, que la turbación violenta soportada por el poseedor no es un obstáculo para la prescripción ».

Nuestro Código, al decidir que el vicio de violencia es puramente relativo al violentado y que no puede ser alegado por otro, ha resuelto una cuestión debatida en la jurisprudencia francesa, en el sentido de la mejor doctrina, porque si me he apoderado por la violencia de la casa que Alberto posee á título de propietario, y más tarde viene Julio á reivindicármela, yo le puedo oponer la prescripción, porque mi posesión no ha sido violenta á su respecto. — Comp. BAUDRY-LACANTINERIE y TISSIER, 251.

(**Art. 2369**.) La posesión en su origen puede ser clandestina, cuando se la ha tomado ocultándose de aquellos que tenían un interés en oponerse; pero pierde ese carácter y sirve para prescribir desde el momento en que se hace pública y se ejercen actos que pueden llegar á conocimiento de todos; así, no es necesario que los interesados sean especialmente notificados, basta que los actos no se hagan ocultamente; si siendo pública ellos lo ignoran, la ley no los autoriza para alegar esa ignorancia, convirtiendo los actos públicos en ocultos ó clandestinos. La publicidad de la posesión está, pues, en el modo de ejercer los actos posesorios, y queda demostrada por su ejercicio á vista y paciencia de todos; los interesados no pueden pretender ignorancia; pero si los actos son clandestinos, esa ignorancia se presume, á menos que el poseedor demostrase que el reclamante los conocía.

El que toma la posesión de una cosa, durante la ausencia del dueño y se resiste por la fuerza á devolverla, es poseedor clandestino; pero no debiera considerarse así; porque no hay clandestinidad verdaderamente, cuando se ha tomado públicamente la posesión. La clandestinidad se funda en la presunción de que el dueño ignora la posesión; pero esa presunción no puede prevalecer contra los hechos públicos ejecutados por el poseedor; si el dueño ignora lo que todos saben, es una desgracia, como dice Vazeille, que la ley no ha podido impedir. — FREITAS,



los cuales se tomó ó se continuó, fueron ocultos, ó se tomó en ausencia del poseedor, ó con precauciones para substraerla al conocimiento de los que tenían derecho de oponerse; de modo que la clandestinidad puede venir sólo de los hechos ocultos, ó cuando se tomó la posesión en ausencia del poseedor, y también cuando sin ser ocultos los actos para los demás, lo fueran para el que debía reclamarla; por esa razón, la posesión pública en su origen, es reputada clandestina, cuando el poseedor ha tomado precauciones

art. 3722, la considera como presunción, y el Dr. VELEZ-SARSFIELD lo sigue en la nota al art. 2479. — Comp. POTHIER, n° 8.

Se ha discutido entre los jurisconsultos, si el vicio de clandestinidad existía cuando el dueño de la cosa poseída conocía la posesión de su adversario, que era ignorada de los demás. Laurent, Colmet de Santerre, y Baudry-Lacantinerie y Tissier sostienen que esa posesión no es pública y no puede servir de base á la prescripción; pero nuestro Código ha seguido la doctrina contraria, sostenida por Aubry y Rau, Duranton y otros, haciendo de la clandestinidad un vicio relativo al poseedor anterior, de modo que si éste la conocía, aunque fuera oculta para los demás, debía considerarse como pública; porque si la ley exige esa condición es con el objeto de que la posesión sea conocida de aquel á quien perjudica.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2369.—L. 6, Dig. De adq. poss.—Pothier, Pos., n° 26 y siguientes.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2369.—La posesión tomada en ausencia de poseedor, adolece de clandestinidad. — Jur. Civ., VI, 332, Sér. 2°.

NOTA.—No me parece justificada esta resolución ante la nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2479, si suponemos que la toma de posesión ha sido conocida del propietario. (N. DEL A.)

La clandestinidad existe siempre que teniéndose la posesión á nombre de otro, se pretende, sin forma de juicio, cambiarla á nombre propio.—Jur. Civ., IV, 535, Sér. 2°.

La posesión en virtud de un auto judicial dictado por informaciones falsas, se supone clandestina.—Jur. Civ., II, 212, Sér. 2°.

Justificado el despojo violento, procede la reposición del desposeído. — Jur. Civ., IX, 175, Sér. 2°.

Justificada la posesión anterior al acto, procede el interdicto de despojo, aun cuando para su existencia no se haya hecho uso de la violencia, basta la clandestinidad.—Jur. Civ., III, 232, Sér. 5°.



para ocultar su continuación (**art. 2370**), convirtiéndose así por los actos posteriores, en clandestina.

Si la posesión puede ser pública para los demás, y clandestina para los que deben reclamarla, quiere decir, que como en los casos de violencia, *el vicio de la posesión clandestina es así mismo relativo al anterior poseedor solamente (art. 2371)*, y él sólo puede alegarla.

(**Art. 2370.**) El derecho á prescribir la cosa que ha comenzado con la posesión pública puede interrumpirse, y hacer que la posesión que le sigue no sea útil para la prescripción. La decisión de este artículo es contraria al derecho romano, que consideraba pública la posesión que había comenzado por serlo, aunque por actos posteriores se hubiera ocultado para ciertos individuos, á semejanza de la posesión con título que se juzga de buena fe, cuando ésta ha existido en el momento de la adquisición, sin que se tenga en cuenta la mala fe posterior. Pero la publicidad que debe acompañar á toda posesión para que sea útil, desaparece desde que al goce público sucede el clandestino ú oculto, porque entonces el poseedor disimula su derecho para engañar la vigilancia del dueño. La publicidad es una condición esencial, porque está destinada á despertar la atención del propietario, á solicitar á cada momento el uso de su derecho. La posesión aun en estas condiciones crea acciones posesorias para defenderla, pero no es útil para la prescripción. — Comp. VAZEILLE, n° 50. TROP LONG, n° 357.

(**Art. 2371.**) Esta regla se funda en la l. 1, § 9, tit. 17, lib. 43, Dig., que dice: «con tal que no hayáis tomado el uno sobre el otro una posesión violenta, clandestina ó precaria»; debe entenderse de modo que si alguno tiene una posesión violenta, clandestina ó precaria, pero que la haya tomado sobre otro que su adversario, olla le será útil. Así, las condiciones exigidas para la posesión, de ser pacífica, pública y á título de dominio sólo son exigidas para los que pueden alegar el vicio por haberlo sufrido. En cuanto á los interdictos, es sabido que por el derecho romano, como por el nuestro, se conceden únicamente al hecho material de la posesión. Así, cuando creyendo á A, dueño de la cosa, le he ocultado mi posesión que conocía B, con quien tenía amistad, si posteriormente B, me reclamase la cosa como suya, no puede oponerme la clan-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2370. — En contra, L. 40, § 2. Dig. De adq. poss. — Tropolong sostiene la resolución del artículo, con las mejores razones, sobre el art. 2221, n° 357.



La posesión es por abuso de confianza, cuando se ha recibido la cosa con obligación de restituirla (art. 2372), y este vicio puede ser alegado por cualquiera, porque el poseedor no tiene la cosa en su nombre; pero puede purgarse y ser útil para la prescripción, cuando el poseedor ha cambiado la causa de ésta, sea adqui-

destinidad de mi posesión respecto de A, porque sólo éste tendría derecho. Por eso dicen Aubry y Rau, § 180: «la clandestinidad es un vicio puramente relativo, que no es susceptible de ser opuesto sino por aquellos que no han podido conocer la posesión». Algunos han criticado esta regla, diciendo, que una posesión clandestina no puede llamarse *pública*, ni autorizar la acción posesoria y la prescripción. La posesión á título de dominio, cualquiera que sea su origen, autoriza y da derecho á acciones posesorias, mientras que para ser útil á la prescripción es necesario que los vicios hayan cesado; en cuanto á que siendo clandestina no puede ser pública, basta observar lo que ocurre en la vida social, pues lo que es público para los demás, es oculto para el interesado. ¿Qué dificultad hay en que se oculte la posesión de una cosa á una persona, y lo sepan todos los demás?—Comp. TROPLONG, n° 370.

(Art. 2372.) El abuso de confianza tiene lugar cuando la cosa se posee en virtud de un contrato para devolverla á su dueño, como el depositario, comodatario, etc., y la posesión fundada en este abuso no puede dar derecho á la prescripción, porque se posee á nombre de otro, y como no puede cambiar por su propia voluntad el origen de su posesión, resulta de ahí que el vicio es absoluto y cualquiera puede alegarlo, lo que no sucede con la violencia. El vencimiento del término fijado para la restitución de la cosa, no cambiará la naturaleza de la posesión, y la prueba es que ésta pasa con el vicio á los herederos del poseedor. El vicio sólo puede purgarse por el hecho de un tercero que otorgue un nuevo título, ó por la contradicción formal opuesta al derecho del que la transmitió. La posesión por abuso de confianza, si puede dar lugar á los interdictos, no es útil para la prescripción ni puede ser opuesta al reclamante, cualquiera que sea; en una palabra, es un vicio *absoluto*, pues se considera como si no hubiera posesión para adquirir, á menos de haberla cambiado.

El art. 2364 llamó *precaria* á esta posesión, dándole el mismo alcance que tiene esta palabra en derecho romano, que considera tal á la que nace de toda convención en que haya obligación de restituir la cosa, sin tiempo determinado; pero debemos tomarla en un sentido más extenso

riéndola por otro título y poseyéndola para sí, sea cuando se ha opuesto á la restitución, negando su derecho á aquel por quien poseía, y ha comenzado á poseer para sí.

comprendiendo toda obligación de restituir.— Véase *ACBRY* y *RAY*, § 180.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2372.—Al tratar de las acciones posesorias, descenderemos á resoluciones más especiales sobre los vicios de la posesión, respecto á la prescripción de la posesión.



CAPÍTULO PRIMERO

DE LA ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN

§ 658.—DE LA APREHENSIÓN



Generalmente la posesión se adquiere por el concurso de dos elementos: la voluntad de tomar la cosa para sí ó para otro, en cuyo nombre obra, y el acto material de apoderarse de ella; por eso dice el **art. 2373**: *la posesión se adquiere por la aprehensión*

(**Art. 2373.**) La posesión natural, *naturalis possessio*, de los romanos es toda posesión sin valor jurídico, y por oposición se llama posesión civil, *civilis possessio*, á aquella cuya existencia depende de la aplicación de una regla del derecho civil; es decir, la que sirve para la usucapión. El artículo habla, pues, de la posesión civil. «Se adquiere la posesión por los sentidos y la intención (decía la ley romana) y no por cada uno de los dos separadamente», de modo que sólo son susceptibles de posesión las cosas materiales.

Los autores llaman aprehensión, al hecho por el cual una persona obtiene la posibilidad actual de obrar materialmente sobre una cosa. Cuando la aprehensión es el resultado de un acto unilateral del nuevo poseedor, se llama *ocupación*; cuando se opera con el concurso del antiguo poseedor que le abandona la posesión, se llama *tradición*. El doctor Velez-Sarsfield, nota 2525, llama ocupación sólo á la aprehensión de las cosas sin dueño.

La intención de tener la cosa para sí debe manifestarse por actos exteriores, de los cuales la aprehensión misma es el principal; pero puede revelarse por cualquier acto jurídico. En general nadie puede poseer, sin haber entrado en la posesión de la cosa; pero no es necesario que ésta haya pasado materialmente á poder del que la adquiere, basta un acto jurídico por el cual el poseedor se reconozca poseyendo la cosa



de la cosa, con la intención de tenerla como suya; salvo lo dispuesto sobre la adquisición de las cosas por sucesión, en que la ley dispone que ciertos herederos entran en lugar de su causante, aun sin conocer el hecho del fallecimiento.

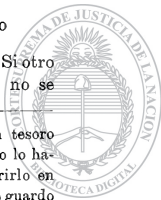
La aprehensión debe consistir en un acto que, cuando no sea un contacto personal, ponga á la persona en presencia de la cosa, con la posibilidad física de tomarla (art. 2374); es decir, de obrar

á nombre del nueve poseedor, como sucede en el *constituto posesorio*. De ahí es que nuestro Código en los casos de sucesión entre ascendientes y descendientes, hace entrar en posesión de la herencia al heredero, desde el día de la muerte del autor de la sucesión, art. 3410, aunque ignore la apertura de ésta.

La aprehensión material se puede tomar no sólo personalmente sino por medio de otro que obre por nuestra orden, y en ese caso adquirimos la posesión inmediatamente de haberla tomado el mandatario. La posesión requiere el ánimo y la aprehensión; por consiguiente, no podrán tomar posesión para adquirir, sino las personas que son capaces de tener voluntad y de manifestarla. Las personas jurídicas la tomarán por intermedio de sus representados.—Comp. MAYNZ, § 170. MOLITOR, n.º 26 y sig. AUBRY y RAU, § 179.—Véanse arts. 2374, 2377, 2400, 2401, 3410, 3414 y 3418.

(**Art. 2374.**) La aprehensión puede hacerse materialmente, cuando uno toma una cosa mueble, poniéndose en contacto físico con ella, ó de una manera simbólica, merced á una ficción jurídica representando la aprehensión real de la cosa. Algunos autores rechazan la posesión ficta, cuando se trata de actos injustos que no merecen el favor de una ficción, y no la admiten sino en los casos de la tradición hecha por el anterior poseedor. Y si uno toma esta conclusión, con relación al modo de aplicar el principio, se ve que está fundada en la naturaleza de los hechos; porque la convicción de poder ejercer actos de dominio sobre una cosa, no puede venir sino de la tradición material ó simbólica que se le haya hecho de esa cosa, y á falta de ella sólo de la posesión material de la misma, que demostrará que un tercero no ejerce poder sobre

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2373.—Maynz, § 170.—Molitor, *Tratado de la posesión*, desde el n.º 21.—Aubry y Rau, § 179.—Troplong, sobre el art. 2228, n.º 251.—La L. 3, Tit. 2. Lib. 41, Dig. dice: *Et adispiscimur possessionem corpore et animo, neque per se corpore, aut per se animo.*—L. 6, Tit. 30, Part. 3ª.



materialmente sobre ella, sin que nadie le haga oposición. Si otro posee la cosa, y se opone á la entrega de ella, la posesión no se

ella. Y se prueba la verdad de esta proposición, si suponemos un tesoro oculto en nuestro terreno del que no seremos dueño, mientras no lo hayamos descubierto, pues un tercero puede descubrirlo y adquirirlo en parte, lo que no sucederá cuando se me ha entregado una cosa que guardo en mi casa, ó entro en la posesión que se me ha transmitido.

Toda posesión se funda en la convicción de poder disponer físicamente de la cosa, y esta convicción viene de tener la voluntad de poseerla para sí, *animus*, y de los elementos materiales de poder disponer de ella, *corpus*. De ahí es que, para la continuación de la posesión, bastará la posibilidad de poder reproducir á voluntad estos hechos, y por eso la posesión no se pierde por el solo alejamiento de la cosa. Es un error, como nota Savigny, en no admitir sino la posesión que es una consecuencia de la propiedad, como lo hacen algunos autores, porque es desconocer la verdadera relación que existe entre estas dos nociones. Tratándose de inmuebles, la adquisición de la posesión se hace con la mirada, porque no es posible ir sobre todas las partes del inmueble y tomarlo materialmente, bastará dominar con la vista el área de terreno, desde una altura del fundo vecino, como dicen las leyes romanas.

Por el contrario, en las cosas muebles, la regla general será la aprehensión, y por excepción la simbólica. «La posesión de una cosa corporal, dicen Aubry y Rau, § 179, se adquiere por una persona, desde el momento que existe para ella la posibilidad actual y exclusiva de obrar materialmente sobre esta cosa y que ha manifestado la intención de guardarla para sí... Esta posibilidad que puede resultar de diversas circunstancias ó situaciones físicas basta para la adquisición de la posesión, cualquiera que sea la naturaleza particular de los hechos, ó medios por los cuales ella se ha obtenido; es así como se puede tomar posesión de un fundo sin transportarse sobre él, ó de una cosa mueble sin tocarla.» — Véase MOLITOR, n° 29. POTHIER, n° 41. — Véanse arts. 1816, 2373, 2375, 2376, 2379 y 2380.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2374.—La posibilidad física de tomar la cosa ó de disponer de ella, dice Savigny, puede existir sin el contacto; pues el que puede á cada momento poner su mano sobre una cosa que está delante de él, es sin duda tan dueño de ella como el que la ha tomado. Esta posibilidad física es el hecho esencial de toda adquisición de la posesión. La Ley Romana dice, que el contacto personal no es necesario para la adquisición, y que basta la sola vista de una cosa presente: *Non est enim corpore et tactu necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu* (L. 1, § 21, Dig. De adquir.



puede adquirir sino por intermedio de la justicia; pero si reconoce al adquirente, y consiente en continuar la posesión en su nombre y representación, la posesión se habrá adquirido. Serán ineficaces para la adquisición de la posesión, ciertos hechos que constituyan actos ilícitos ó delitos del derecho criminal; pero respecto de los primeros, tratándose de la violencia ó la clandestinidad, pueden purgarse, como se ha dicho, y lo mismo sucedería con relación á los delitos, cuando ha poseído pacíficamente la cosa durante un año después de cometido el acto.

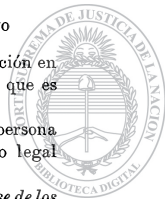
La aprehensión de la cosa puede realizarse por un acto unilateral del nuevo poseedor, sin que nadie se la transmita, *si la cosa carece de dueño, y es de aquellas cuyo dominio se adquiere por la ocupación, según las disposiciones de este Código, la posesión quedará adquirida con la mera aprehensión (art. 2375)*, y también la

(**Art. 2375.**) El artículo ha querido explicar los casos en que la

poss.) Por otra parte, la necesidad del contacto personal, no es exigida de una manera general. La Ley nos dice que para tomar la posesión de un fundo, no es preciso entrar en él: porque el que se encuentra próximo y lo abraza con la vista, tiene sobre ese fundo el mismo poder que el que hubiese entrado. *Si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstrat, cacumque se pecuniam mihi fundum venditor in mea turre demonstrat, cacumque se possessionem tradere dicat, non minus possidere aperi, quam si pedem finibus intulissem* (L. 18, Dig. *De acquirend. vel omitt. posses.*). Es, pues, la presencia corporal la que no nos pone en estado de disponer de la cosa á nuestra voluntad. En la adquisición de la posesión de cosas muebles, la presencia inmediata puede, sin ninguna ficción, reemplazar la aprehensión real. Esta especie de aprehensión es la más común, cuando la extensión ó el peso de la cosa es tan considerable que no se puede remover fácilmente. Esto se encuentra comprendido en los pasajes siguientes: *Pecuniam quam mihi debes, aut aliam rem, si in conspectu meo ponere te jubeam, efficitur, ut et ut statim libereris et mea esse incipiet* (L. 73, Dig. *De solut.*). *Si jusserim venditorem procurator rem tradere, cum ea in presentia sit, videri mihi traditam* (L. 1, § 21, Dig. *De adq. vel amit. posses.*).

Savigny sigue demostrando la proposición con innumerables textos.—Véase Duranton, tom. 21, n° 195.—Molitor, Tratado de la posesión, n° 29.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2374.—El comprador de un terreno, domiciliado en la misma localidad donde éste se halla ubicado, se reputa haberse dado por recibido de la posesión, cuando la compra ha sido hecha en remate público en el mismo lugar sin contradicción de nadie, el terreno se hallaba vacío y sin cerco que impidiese el fácil acceso á él, tanto en la fecha del remate, como en la de su escrituración, y en la escritura se enuncia que ha aceptado la transmisión de los derechos de propiedad, que por la misma le hacía el vendedor, al citado terreno.—XLI, 25.



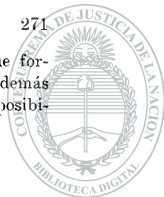
propiedad en las cosas muebles, y servirá para la prescripción en las inmuebles, aun contra el señor del dominio eminente, que es el Estado.

La aprehensión puede tener lugar, no sólo por la persona misma sino por un tercero en su nombre, sea mandatario legal convencional ó simple gestor de negocios.

Tratándose de cosas muebles futuras, que deban separarse de los inmuebles, como tierra, madera, frutos pendientes, etc., se entiende que el adquirente ha tomado posesión de ellas, desde que comenzó á sacarlas con permiso del poseedor del inmueble (art. 2376); por-

mera detención ó la aprehensión hacen adquirir la posesión de la cosa, y no ha expresado la idea con claridad, á mi juicio, porque cuando la cosa es susceptible de apropiación y no tiene dueño, y además es de aquellas cuyo dominio se adquiere por la ocupación, como los peces del mar, las aves salvajes, etc., la mera aprehensión no sólo hace adquirir la posesión sino también la propiedad. De ahí es que en el título sobre simple posesión y refiriéndose á ella tengamos que aplicar los principios de la propiedad, porque la ocupación de las cosas muebles sin dueño hacen adquirir la posesión y la propiedad; por eso dice Woodon, n° 198: «es inútil en derecho moderno, ocuparnos de la aprehensión de posesión de los muebles, porque el Código Civil ha venido á confundir las ideas de propiedad y posesión respecto de ellas». Pero debe tenerse presente que se trata sólo de la posesión y de los modos de adquirirla, en que algunas veces se confunden con la propiedad que la posesión. Hay, pues, un error evidente en extender la disposición del artículo á las cosas sin dueño conocido, como lo hacen algunos, tratándose de una cosa perdida en que la mera ocupación no hace adquirir el dominio; pero nadie puede negar que el que encuentra la cosa no tenga la posesión á nombre del dueño, desde que la ley lo considera como depositario que recibe recompensa, art. 2531, y es por esa razón que la tenencia de la cosa perdida no produce posesión, á menos de tener la intención de poseerla para sí. El artículo se refiere á las cosas muebles, y por consiguiente nada tiene que ver con las inmuebles. Freitas, art. 2826, habla de la posesión de las cosas muebles susceptibles de apropiación, que se toma por el acto material de su detención, y que se exige para adquirir el dominio.

(Art. 2376.) El propietario, al adquirir una cosa, hace suyas las diversas partes de que está compuesta en su conjunto, por el hecho de ser dueño del todo, lo es de sus componentes; pero cuando las cosas se se-



que una vez desprendidas ó separadas de la cosa con la que formaban un todo, quedan en la misma situación que los demás muebles y se adquieren por la posesión material, ó por la posibilidad física de tomarlas.

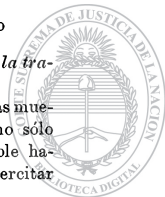
§ 659.—DE LA POSESIÓN POR LA TRADICIÓN

La tradición, *tradere*, se opera por el concurso del anterior poseedor, que no sólo abandona su posesión, sino que la traspasa al nuevo adquirente por un acto material y simbólico: así dice el

paran y forman á su vez cada una de ellas un todo distinto, las adquiere por el hecho de la separación sin necesidad de un nuevo acto de posesión, el derecho de propiedad no sufre por esta desmembración. Así, los frutos son adquiridos por el propietario como accesorios del inmueble, y sólo viene á poseerlos como cosas distintas de él, cuando están separados, y por esa razón el poseedor de buena fe los adquiere únicamente después de desprendidos de la cosa.

Cuando se trata de cosas que forman parte de un inmueble y constituyen el todo, el que ha adquirido el derecho de tomarlas, no las posee sino cuando las ha separado de tal modo, que hayan dejado de formar parte de él. La posesión se adquiere, pues, en este caso por la separación material, aunque hayan quedado en el mismo inmueble formando un todo separado; como las piedras sacadas de la cantera, los árboles cortados, etc., son poseídos por aquel que los separó.

El artículo exige que sea con *permiso* del poseedor del inmueble, pero cuando el derecho existe de antemano, como en el caso de compra de piedras ó de árboles, se entiende dado por el contrato mismo y bastará que no haya oposición: *si sciente redditore in possessione fuiste*, como dice la ley romana; pero cuando no existe contrato, no le creará derecho alguno al que hubiese cortado los árboles ó extraído las piedras, y será considerado como usurpador en su caso. El artículo comprende las cosas que forman parte de los inmuebles y entre ellas los frutos como muebles futuros. Se trata de la posesión *material*, como dice Freitas, art. 3779, ó de la tradición *real*, como lo expresa POTHIER, *Propiedad* n° 198. FREITAS exige *permiso expreso*, entendiéndose por tal, el que nace de un contrato. CÓD. DE CHILE, art. 685. — Véanse arts. 577, 2375, 2389, 2402, 2425 y 2426.



art. 2377, 1ª parte: *la posesión se adquiere también por la tradición de las cosas.*

¿Qué es la tradición, propiamente hablando? En las cosas muebles es la entrega de la cosa; en las inmuebles, se opera no sólo por la entrega material, porque muchas veces no es posible hacerla, sino poniendo á la persona en la posibilidad de ejercitar actos materiales sin contradictor.

La tradición es un contrato con todos sus elementos constitutivos. *Habrà tradición, cuando una de las partes entregare voluntariamente una cosa, y la otra voluntariamente la recibiese (art. 2377, 2ª parte),* de modo que debe existir el libre consentimiento y la capacidad para recibirla y entregarla.

(**Art. 2377.**) Se habla de la tradición que da la posesión, presentándola como un acto material independiente de todo contrato preexistente. Sabios, como Savigny y Freitas, han considerado la tradición como un contrato independiente del derecho de obligación. Así dice el primero: «la tradición es un contrato verdadero, porque contiene todos los elementos del contrato; en efecto, vemos el acuerdo de dos voluntades para transmitir la posesión y la propiedad de una cosa, y para las partes contratantes, un cambio en sus relaciones de derecho. Si independientemente de esta manifestación de la voluntad, es necesaria para completar la tradición un acto exterior, la adquisición real de la posesión, esto no cambia en nada la esencia del contrato que forma la base de la tradición... Así, por ejemplo, en la venta de una casa todo el interés versa, con razón, sobre la venta obligatoria, y se olvida que la tradición subsiguiente es un contrato de todo punto distinto de esta venta, aun cuando necesario para ella. Este olvido es evidente en los casos más raros de la tradición, sin obligación previa; así, la limosna hecha á un pobre, constituye un contrato verdadero, sin ninguna obligación. Dar y recibir son los únicos hechos sobre los cuales están de acuerdo las voluntades». Nosotros estamos acostumbrados á considerar la tradición como un mero hecho material, sin tener en cuenta la manifestación de la voluntad de que el hecho, en sí mismo, es una prueba; la consideramos como una consecuencia de un contrato anterior, cuando es un acto distinto que lleva en sí la manifestación de la voluntad. El Dr. Segovia dice, «que la tradición es un acto voluntario, porque es en ejecución de un contrato que debe cumplirse; que no constituye por sí ningún derecho, ni es una *convencción*, pero siendo una de las principales obligaciones en ejecución de



La tradición se juzgará hecha, cuando se hiciere según alguna de las formas autorizadas por este Código (art. 2378, 1ª parte).

La posesión depende de un acto material, ó de uno simbólico, de un hecho que exteriorice la voluntad del que adquiere la cosa,

la convención extingue una obligación y enjendra los derechos reales. y la clasificación de *acto jurídico* le corresponde con propiedad». Pero como el acto jurídico en que las partes se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada á reglar sus derechos, art. 1137, se denomina contrato, resultará que la *tradición* lo será, pues encontramos el acuerdo de dos voluntades y el cambio de relaciones de derecho, sin que obste la circunstancia de ser la consecuencia de un contrato anterior. Donde se prueba la independencia del contrato es en las donaciones manuales, en las dádivas, en que no habiendo contrato anterior, la tradición sirve de manifestación de voluntad del contrato. Así, la posesión proveniente de la tradición voluntaria se funda en un contrato. Maynz, § 192, y Freitas, sostienen esta doctrina. Freitas, art. 3744, se refiere á la tradición para transmitir ó restituir la simple *detención* de una cosa, y así debemos considerar nuestro artículo.

La tradición puede ser el resultado de un pago, ó un modo de adquirir derechos reales, ó de concluir contratos, ó un medio de adquirir la posesión; en todos esos casos es un verdadero contrato independiente de aquel á que accede. Cuando la cosa es mueble corporal, la tradición se hace entregándola á la persona á quien se la transmite, ó á su representante que la recibe. Si la cosa es inmueble se puede tomar la posesión, como se dijo en el art. 2374.—Comp. Cód. DE CHILE, art. 670.—Véanse arts. 577, 1816, 2318, 2379, 2386, 2524, 2601 á 2603.

(**Art. 2378.**) La tradición puede ser real ó simbólica; es real cuando se toma materialmente la cosa transmitida; *simbólica* cuando se la su-

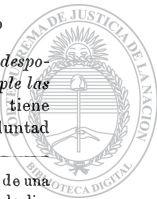
Fallos de la S. C. N. — Aplicación del art. 2377. -- Cuando la cosa vendida es indivisible ó consiste en un solo cuerpo, el comprador no puede exigir, ni son necesarios actos parciales de tradición. — XV. 473.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación de los arts. 2377, 2378 y 2379. -- El pago de la contribución directa sobre un terreno, no importa un acto posesorio. — Jur. Civ., VIII, 301, Sér. 3ª.

La medición extrajudicial al solo objeto de proyectar un edificio, no basta para justificar la posesión. — Jur. Civ., VIII, 301, Sér. 3ª.

Para que prospere, el demandante debe justificar que habia adquirido por medio de la tradición traslativa de la posesión, el dominio del inmueble. — Jur. Civ., VIII, 301, Sér. 3ª.

Véase fallo al art. 1367. — Jur. Civ., III, 332, Sér. 5ª.



por esa razón, *la sola declaración del tradente de darse por desposeído, ó de dar al adquirente la posesión de la cosa, no suple las formas legales (art. 2378, 2ª parte);* pero cuando el que tiene en su poder la cosa, cambia la causa de su posesión, por voluntad

pone por un acto que la reemplaza, como la entrega de las llaves de una casa. La tradición, para que transfiera la propiedad, está sujeta á lo dispuesto en el art. 2601 y es diferente de la que transfiere la posesión, de que se ocupa el presente artículo. Para adquirir la posesión no es necesario de actos materiales, como los determinados en el art. 2384, pues la posesión se puede adquirir sin aprehensión material por medio de la vista, como se dijo en el art. 2374, ó habiéndola tenido por otro título, no necesita de nueva tradición, art. 2387, ó cuando el individuo es puesto en presencia de la cosa sin que haya contradictor. En las ventas judiciales, el auto que manda poner en posesión de la cosa y la diligencia de haberlo puesto, bastará para que la adquiera sin necesidad de ejercer actos posesorios, como algunos creen. ¿Qué más acto posesorio que el realizado con la diligencia de la entrega de la cosa, ó la notificación al poseedor actual de que ha entrado en posesión sin la contradicción de éste? La declaración de darse por desposeído, no bastará para adquirir la posesión; pero eso no importa decir que no existe el constituto posesorio por nuestro derecho. Al explicar el art. 2394, demostramos que en el sistema de nuestro Código no está excluido el constituto posesorio. Lo que la ley quiere sólo impedir es que la posesión pase sin acto alguno exterior al que debe adquirirla, por la sola desposesión, ó por la manifestación de que le transfiere la posesión; porque, en la 1ª hipótesis, la cosa quedaría sin poseedor, pues el que la tenía la ha abandonado y el adquirente no ha realizado acto alguno para tomarla; y en la 2ª, la simple voluntad del poseedor actual no puede bastar, pues la cosa no está poseída. Así, el comprador no adquiere la posesión por el solo título, aunque éste diga que lo pone en posesión, y lo que la Suprema Corte decidió, confirmando la sentencia del inferior por sus fundamentos, es que la cláusula llamada de *constituto posesorio* es la que trae la l. 56, tit. 18, Part. 3ª, cuando dice: «E otro si otorgo al comprador de suso nombrado libre, é llenero poder para entrar en la tenencia de aquella cosa sobre dicha que le vendió, sin otorgamiento de juez ó de otra persona cualquier.» Hay error en este modo de considerar el *constituto posesorio*, porque se ha fundado siempre en el cambio que hace el poseedor actual, que poseía por sí, y entra á poseer por otro por una cláusula especial del contrato. Si el vendedor no quedase en posesión de la cosa vendida, teniéndola á título de arrendatario.



del mismo dueño, no necesita de acto material alguno, continúa poseyendo para sí y en su nombre, en vez de hacerlo para el enajenante. Basta la voluntad del dueño y la del adquirente, para que la posesión se adquiera.

Cuando la ley exige actos materiales para la posesión de los inmuebles, no por eso prohíbe que puedan adquirirse en propiedad sin un hecho relativo á la cosa misma, cuando se ha estado en posesión de ella, y así debe entenderse, que cuando el **art. 2379**

ó de cualquier otra manera para el comprador, éste no puede adquirirla sin un acto que lo ponga en presencia de la cosa.—FREITAS, arts. 3752 y 3753. SAVIGNY, § 27.—Véanse artículos citados en la nota anterior.

(**Art. 2379.**) Los actos materiales pueden consistir en ponerse en presencia de la cosa, verla, etc., así como en ejercer actos posesorios. Estos actos siempre deben existir en la posesión adquirida por la tradición, con excepción del art. 2386, y del constituto posesorio, y se deben ejecutar por el que da la posesión y el que la recibe; pudiendo consistir en la entrega de las llaves de una casa, que es la posesión ficta ó en la detención material, que es la posesión real. En la posesión ficta ó simbólica, si es de una casa, bastará que esté desocupada para que la entrega de las llaves, hecha por el poseedor, haga adquirir la posesión

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2378.—Los derechos reales del acreedor prendario, sólo se adquieren con la posesión real de las cosas dadas en prenda.—XX, 462.

La declaración del deudor de darse por desposeído y de tener las cosas á disposición del acreedor, no suple la tradición y posesión real que exigen las leyes.—XX, 462.

La compra en remate público constituye un contrato perfecto, y siendo seguida de posesión, transfiere el dominio al comprador.—LV, 272.

La venta que posteriormente líga á un tercero el antiguo propietario del inmueble, dándose por desposeído de él, no puede conferir á éste ningún derecho de dominio.—LV, 272.

La reivindicación del inmueble que, en tales condiciones, entabla este tercero contra el primer comprador, carece de razón probable para litigar.—LV, 272.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2378.—Son circunstancias que hacen presumir la simulación la falta de tradición real y efectiva del inmueble, el anticipo del precio y la amistad íntima entre vendedor y comprador.—Jur. Civ., VIII, 523, Sér. 1ª.

El vendedor está obligado á hacer la tradición material del inmueble vendido, sin que sea bastante la manifestación hecha declarándose desposeído en el instrumento de venta.—Jur. Civ., IX, 112, Sér. 4ª.



dice: *la posesión de los inmuebles sólo puede adquirirse por la tradición hecha por actos materiales, del que entrega la cosa con aseo-*

al que las recibe, aunque no entre realmente en ella. Pero no hay ni puede haber tradición, cuando el vendedor de una casa principia á sacar sus muebles para entregarla al comprador, aunque éste sepa que los saca con ese objeto, porque no ha existido por su parte un acto exterior que pueda hacer adquirir la posesión, ni que presuponga su voluntad de recibirla; pero la habrá si el comprador introduce sus muebles en la casa con conocimiento del vendedor.

La posesión se adquirirá por la tradición si el dueño ó poseedor actual notifica á los que poseen en su nombre, que en adelante poseerán á nombre del comprador, y estos no lo contradicen; igualmente existirá tradición por el mero hecho de declarar el adquirente, en presencia del propietario, que él es el dueño de la cosa y la aceptación de los locatarios de continuar poseyendo en su nombre; porque esa declaración en presencia de la cosa y del anterior poseedor que no lo contradice, importa un acto material de posesión; es como si la casa estuviera desocupada y el comprador entrara sus muebles, sin contradicción del poseedor que está presente.

Es necesario no confundir la adquisición de la propiedad que lleva consigo la posesión, con la posesión misma que es independiente de la propiedad. En este título se habla de la posesión y no de la propiedad que puede ó no existir en el nuevo poseedor. Freitas, art. 3762, admite la tradición por actos materiales de ambas partes; por actos materiales del tradente con consentimiento del adquirente; por actos materiales del adquirente con consentimiento del tradente, y por simple declaración de consentimiento, como en el constituto posesorio. — Comp. POTHIER, n° 196. — Véanse arts. 577, 1816, 2377, y mi nota 2377.

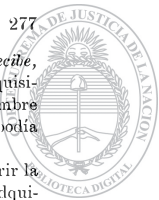
Fallos de la S. C. N. — Aplicación del art. 2379. — El dominio de una cosa inmueble no se adquiere con el solo título. Es necesario que este sea seguido de la posesión adquirida por la tradición. — XXXII. 301.

El vendedor está obligado á hacer entrega del inmueble vendido no solamente á su comprador, sino también al cesionario ó sucesor del comprador. — XXXV. 83.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2379. — No tiene derecho sobre los alquileres el comprador de un inmueble cuya venta ha sido anulada, ni aun como reembolso por los gastos que le haya acasionado su cobro. — Jur. Civ., I, 393.

El anuncio en venta del inmueble, aun el remate público, no son prueba de tener la posesión material de la cosa. — Jur. Civ., IX, 112, Sér. 4°.

La escritura pública, como título traslativo del dominio, no basta para



timiento del que la recibe; ó por actos materiales del que la recibe, con asentimiento del que la entrega, se refiere á la simple adquisición de la posesión, sin que pueda impedir al poseedor á nombre de otro, el entrar á poseer para sí, con la voluntad del que podía transferirle el derecho.

¿Puede sólo el tradente, por su propia voluntad, transferir la posesión sin acto alguno? He respondido, que cuando el adquirente posee la cosa á nombre del propietario, éste por su voluntad puede hacerla adquirir, cambiando la causa de la posesión, que puede igualmente hacerla adquirir, cuando declara que continúa poseyendo á nombre del adquirente; en ambos casos hay de por medio un título; pero como estas declaraciones no constituyen actos posesorios, se puede decir que son casos de excepción.

Puede también hacerse la tradición de los inmuebles, desistiendo el poseedor de la posesión que tenía, y ejerciendo el adquirente actos posesorios en el inmueble, en presencia de él y sin oposición alguna (art. 2380); pero no será necesario que tome posesión

(Art. 2380.) Desde el art. 2377 se trata de la posesión que se adquiere por la tradición y que exige condiciones determinadas, y el art. 2382 se refiere á la posición adquirida violenta ó clandestinamente, y se puede considerar fuera de lugar entre los que hablan de la tradición. Cuando el poseedor desiste de la posesión que tenía, la cosa queda abandonada, por decirlo así, y el nuevo adquirente debe practicar actos posesorios que indiquen la voluntad de tomar la posesión; pero no es necesario que sean de los que habla el art. 2384, bastará que se ponga en presencia de la cosa y que ésta se encuentre sin poseedor. Si para la toma de posesión la ley exige la presencia del que la ha abandonado y su consentimiento á los actos del nuevo poseedor ó su no oposición, es porque el abandono presume la voluntad de que tome la cosa una persona determinada, y puede impedir que otra lo haga. El caso de este

exigir la posesión; debe gestionarse previamente la entrega de la cosa por medio de la tradición.—Jur. Civ., V, 180, Sér. 3ª.

En tanto se discuta la forma de la posesión, no puede considerarse hecha la tradición.—Jur. Civ., IX, 392, Sér. 5ª.

Si bien el vendedor está obligado á entregar la cosa vendida al comprador, libre de toda otra posesión, esa obligación cesa, si hecha la tradición sin reclamo, el comprador no justifica que los ocupantes que perturbaban su dominio, existían con conocimiento del vendedor al verificar la compraventa.—Jur. Civ., IX, 325, Sér. 2ª.



material de la cosa, entrando en ella, bastará que se encuentre en la posibilidad de tomarla.

Cuando el adquirente estuviere en posesión de la cosa, no tiene necesidad de acto alguno para tomarla; por eso dice el **art. 2383**:

artículo no es el del anterior, que se refiere á actos materiales ejercidos por el tradente con asentimiento del adquirente, ó actos materiales de éste con asentimiento de aquel, mientras este artículo sólo exige la manifestación del poseedor desistiendo de su posesión, seguida de actos posesorios del que la toma. En aquel, el consentimiento es tácito, en éste es expreso. Freitas, art. 3818, los separa igualmente cuando dice: 1º, declarando el tradente que el adquirente puede tomar posesión del inmueble y pasando el adquirente ó su representante á ejercer actos posesorios; 2º, ejerciendo el adquirente ó su representante actos posesorios en el inmueble en presencia del tradente y sin oposición de éste. —Comp. POTHIER, nº 196.

(**Art. 2383.**) El artículo no ha sido traducido con la claridad que tiene el original, pues Freitas, art. 2824, dice: «es necesario que esté desocupada (*vaga*), esto es, sin contradictor que se oponga á que el adquirente la tome». Cuando no hay poseedor bastará que el nuevo se ponga en presencia de la cosa, y cuando está ocupada por el locatario ó por un simple tenedor, ni aun será necesario su presencia, si éstos consienten en continuar poseyéndola á nombre del nuevo poseedor. Se deduce que cualquier ocupante podrá impedir la tradición con sólo oponerse á que el nuevo la tome.

Cuando se dice, *libre de toda otra posesión*, se debe entender no sólo que la cosa no tenga poseedor y esté *vacua*, como dicen los autores, sino que el poseedor actual, el que la tiene materialmente, consienta en que

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2380.—No es necesaria la tradición de la cosa para adquirir la posesión, cuando el que la posee á nombre del propietario principia á poseerla á nombre de otro.—XVI, 347.

No es necesaria la tradición, cuando el poseedor desiste de la posesión que tenía, y el adquirente ejerce actos posesorios en el inmueble en presencia de él y sin oposición alguna.—XVI, 347.

La posesión se presume haber principiado desde la fecha del título traslativo de dominio, si no se prueba lo contrario.—XVI, 348.

Los hechos de poner el vendedor la cosa vendida á disposición de una Sociedad compradora y de aceptar el cargo de gerente de ésta con sujeción á los estatutos, constituyen á la Sociedad única poseedora de aquella.—IX, 315.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2380.—Véase fallo del art. 1357.—Jur. Civ., III, 332, Sér. 5º.



para juzgarse hecha la tradición de los inmuebles, no estando el adquirente en la simple tenencia de ellos, es necesario que el inmueble esté libre de toda otra posesión, y sin contradictor que se oponga á que el adquirente la tome: Es necesario que por lo menos, el adquirente se ponga en presencia de la cosa y que tenga la posibilidad de tomarla, ó de entrar en posesión, sin que haya nada que se oponga.

Cuando se trata de la toma de posesión de los inmuebles, se ha dicho que el adquirente debe hacer actos posesorios para adquirirla. ¿Qué se entienden por actos posesorios? El **art. 2384**,

la tome el nuevo poseedor, sea entregándola, sea continuándola en su nombre; así es que cuando la cosa está ocupada será siempre necesario obtener su consentimiento, pues cualquiera que sea la naturaleza de la posesión, nadie puede turbarla, art. 2469, y el poseedor puede repeler la fuerza con la fuerza ó ser amparada por la autoridad. «Supongamos, dice Maynz, § 173, un locatario que rehusa restituírnos la cosa alquilada, porque ha adquirido, ó cree haber adquirido, la convicción de que la cosa le pertenece,» en ese caso no puede haber transmisión de la posesión hasta que el locador no la tenga en su poder.

(**Art. 2384.**) Los actos posesorios, tratándose de inmuebles, son los que demuestran la voluntad de someter la cosa á su poder, y puede realizarlos, tanto el que la ha obtenido por tradición, como el que la tomó por violencia ó clandestinamente; pero hay diferencias muy importantes en cuanto á la posesión misma. La ley ha negado toda ficción al que toma la cosa por la violencia y le exige la materialidad de la posesión en el todo, y no supone, como en los demás casos, que tomando una parte de la cosa deba considerarse como si hubiera poseído el todo. Pothier, n° 18, da una idea exacta de esta situación, cuando exige al poseedor violento que debe adquirir parte por parte (*piéd á piéd*) sólo tiene la parte poseída de la que ha echado al anterior poseedor; y no se adquiere el total sino cuando ha ocupado el todo. Lo que es justo y lógico, porque su posesión se funda en la materialidad de la detención, de modo que cualquier parte que conserve el anterior poseedor se reputa que continúa poseyendo las partes no ocupadas por el usurpador. El Dr. Llerena combate esta opinión, fundándose en que la ley no distingue; pero no tenía necesidad de distinguir, cuando viene hablando de la posesión que se adquiere por la tradición y continúa tratando de la misma materia. El art. 2382, no es una excepción á los principios enseñados sobre la adqui-



responde: *Son actos posesorios de cosas inmuebles: su cultura, percepción de frutos, su deslinde, la construcción ó reparación que en*

sición de la posesión, porque la ocupación ó los actos posesorios sólo comprenden los casos en que se ocupa toda la cosa. Cuando un poseedor es arrojado de una casa, no hay necesidad de arrojarlo de las piezas en que no se encuentra, está fuera de la casa, y el que la tomó violentamente la posee porque no tiene contradictor respecto del hecho material; pero no sería lo mismo, cuando el poseedor echado de la sala, se encierra en el comedor ó en cualquier otra pieza de la casa, el poseedor violento no tendrá la posesión sino de lo que materialmente detenta. Donde la arbitrariedad é injusticia sería manifiesta es en la ocupación de un campo, pues según la teoría que combato, bastaría echar al poseedor de una parte de él para que se entienda haber tomado posesión de diez, veinte ó cincuenta leguas que el despojado poseía. Llevadas las cosas á ese extremo no se admite discusión. Le extraña al mismo autor, que sea necesario tomar palmo á palmo el campo, y quiere dar toda clase de facilidades al usurpador. ¿Y por qué no estaría obligado á ejercitar la fuerza en toda la cosa, desde que ese es su único título? Se dice que no llegaría á tener aplicación el art. 2382, como si ese artículo diera al poseedor violento otra cosa que la posesión de lo adquirido materialmente. El usurpador que ha arrojado por la violencia al poseedor de sólo una parte de la cosa, no ha tomado la posesión del todo, porque esa ficción sólo es creada en favor del que ha obtenido la posesión por la tradición; el usurpador debe afirmar su título en la posesión material de cada una de las partes, lo que será difícil tratándose de campos extensos en que deberá hacer imperar la fuerza por todo el terreno, de modo que nadie pueda poseerlo; sólo á ese título poseerá el todo, echando al que intente tomar posesión. Respecto á los actos de posesión, se traen en este artículo como meros ejemplos; por consiguiente, se consideran tales, los que importen ocupación de la cosa con ánimo de poseerla para sí en cualquiera de sus partes. El deslinde judicial no dará lugar á una acción posesoria, porque la justicia no perturba; sólo el deslinde privado puede autorizar la acción de manutención.—FREITAS, art. 3821.—Véanse arts. 2405 y 2408.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2384.—La mensura y amojonamiento en campo ajeno es un acto de turbación de la posesión.—XXV, 443.

El deslinde y amojonamiento, es un acto de posesión que ejercitado en el campo poseído por otro, importa turbación.—XXVII, 334.

En los interdictos de amparo, son improcedentes las defensas que tienen

ellas se haga, y en general, su ocupación, de cualquier modo que se tenga, bastando hacerla en algunas de su (sus) partes, tomándose esos actos como meros ejemplos.

§ 660.—DE LA POSESIÓN DE LAS COSAS MUEBLES

Cuando la posesión es adquirida por la tradición, como ésta es un contrato, necesita que haya capacidad para adquirirla y transferirla: por esa razón dice el **art. 2381**: *la posesión de las cosas*

(**Art. 2381.**) El Código ha establecido una regla general al decir: la posesión de las cosas muebles se toma únicamente por la tradición, que en nada altera los principios establecidos; así, puede ser real ó simbólica. No se ha suprimido la tradición *manu longa* de los romanos que consistía en depositar la cosa mueble delante de la persona que debía tomarla «porque entonces (dice la l. 79, tit. 3. lib. 46, Dig.), aunque la posesión no es retenida corporalmente por persona alguna, parece que debe adquirirla y que se ha entregado de alguna manera por la tradición *manu longa*», ó como dice la l. 1, § 21, tit. 2. lib. 41, Dig., «no es necesario tomar posesión tocando actualmente la cosa, basta tomarla con la vista y la intención». Tampoco ha suprimido la tradición *breui manu* que reposa sobre la ficción de que me han devuelto la cosa y la he vuelto á entregar por otro título; finalmente, no ha suprimido la tradición simbólica que consiste en no entregar la cosa misma sino algo que la represente, como las llaves de la caja en que se encuentra la cosa. Y esta regla general explica la colocación del artículo siguiente, que á primera vista parece fuera de lugar. Nuestro artículo ha agregado al art. 3813, de

por objeto establecer el dominio ú otro derecho de poseer, ó desconocer la validez del título del poseedor.—XXVII, 335.

Las operaciones de mensura, aun extrajudicial, y la colocación de estacas y mojones, son actos perfectamente caracterizados, que justifican la posesión, no apuntándose ningún hecho en contra de ellos.—XL, 66.

Es prueba de posesión la operación de mensura, aunque halla sido aprobada en rebeldía y sin perjuicio de los derechos del demandado.—LVII, 359.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2384.—Véase fallo del art. 1367.—Jur. Civ., III, 332, Sér. 5ª.

Justificada la posesión anterior al acto, procede el interdicto de despojo, aun cuando para su existencia no se haya hecho uso de la violencia; basta la clandestinidad.—Jur. Civ., III, 262, Sér. 5ª.

El pago de la contribución directa que pesa sobre un terreno, no importa un acto posesorio.—Jur. Civ., VIII, 301, Sér. 3ª.





muebles se toma únicamente por la tradición entre personas capaces, consintiendo el actual poseedor en la transmisión de la posesión; pero fuera de este modo, que podemos llamar legítimo, de adquirir la posesión, se presentan al espíritu todos los medios materiales que pueden ocurrir para tomar la posesión de una cosa; por eso establece el art. 2382, que, la posesión de cosas muebles,

Freitas, las palabras *entre personas capaces*, porque la tradición, como contrato, necesita de la voluntad entre las personas que intervienen, siendo inexacto que los incapaces puedan adquirirla para sí, como lo demuestra el art. 2392, y si el art. 2399 admite que la tome el mandatario incapaz que tiene voluntad para adquirirla, para su mandante capaz, es porque legalmente se substituye á éste, y la ley supone con razón que no es el incapaz el que ejecuta el acto, sino el mandante. No hay, pues, que recurrir á conciliaciones forzadas, suponiendo que el artículo «no se refiere á la capacidad general sino á una capacidad especial para transmitir y adquirir muebles» como lo hace el Dr. Llerena; porque no hay tal capacidad especial. El artículo se armoniza perfectamente con los arts. 2392 y 2399 que vienen á consagrar el principio de que la tradición debe hacerse entre personas capaces: el tutor es el representante del incapaz y adquiere para él; el mandatario incapaz que tiene voluntad adquiere para su mandante capaz. Freitas, dice: «la posesión se adquiere únicamente por la tradición, ó por cualquiera de las formas designadas en los arts. 3762 y 3808».

No hay tradición sin consentimiento expreso ó tácito, porque siendo ésta un contrato necesita de la voluntad de ambos; por eso exige el consentimiento del poseedor de la cosa.—Cons. SAVIGNY, § 16. POTHIER, nº 196.—Véanse arts. 577, 592 á 598, 2387, 2392, 2399 y 3265.

(**Art. 2382.**) El presente artículo no se refiere á la posesión adquirida por la tradición, habla de la posesión como un hecho, no como un

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2381.—Los derechos reales del acreedor prendario, sólo se adquieren con la posesión real de las cosas dadas en prenda.—XX, 462.

La declaración del deudor de darse por desposeído y de tener las cosas á disposición del acreedor, no suplente la tradición y posesión real que exigen las leyes.—XX, 462.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2381.—La tercera aunque fundada en una escritura de compra-venta de cosas muebles, debe ser desechada si no se prueba que existió la tradición de la cosa.—Jur. Civ., III, 433, Sér. 1ª.



no consintiendo el actual poseedor la transmisión de ellas, se toma únicamente por el acto material de la ocupación de la cosa, sea por hurto ó estelionato; y la de los inmuebles en igual caso por la ocupación, ó por el ejercicio de actos posesorios, si fué violenta ó clandestina; pero como en el caso de violencia el único título es la fuerza ejercida, es necesario que el usurpador haya arrojado al actual po-

contrato, y le conviene la clasificación de acto jurídico, cuando se refiere á la ocupación de cosas abandonadas ó que no tienen dueño, no así cuando se trata de actos ilícitos. Las ficciones que el derecho admite para la adquisición de la posesión por tradición, no pueden concederse en estos casos; es necesario la aprehensión material. Cuando el individuo persigue una fiera ó un pájaro salvaje que ha herido, no lo adquiere hasta que no lo ha tomado, ese acto de ocupación material lo hace poseedor y propietario á la vez; es de absoluta necesidad, sin él no hay posesión. Cuando se trata de cosas muebles la posesión puede adquirirse por robo, que es más grave que el hurto; por estelionato, vuelve á repetir como en el art. 2364, cuando el estelionato definido por los arts. 1178 y 1179 se refiere al que transmite las cosas. Si el inmueble se encuentra desocupado, como un terreno ó una casa sin poseedor, la ocupación con ánimo de tenerla para sí, hace adquirir la posesión, que en ese caso es útil para la prescripción; si la ocupación se ha hecho violentamente ó de manera clandestina, la posesión se adquirirá, pero sólo dará derecho á los interdictos para protegerla contra una nueva violencia, y podrá rechazar la acción posesoria del violentado, si ha pasado un año. Cuando no hay tradición no se puede adquirir la posesión sin la aprehensión material de la cosa. Molitor, n° 27, dice: «cuando se trata de un acto constitutivo de la posesión, es necesario que sea de naturaleza á establecer definitivamente el imperio de la voluntad del hombre sobre la cosa» y eso no se demuestra sino cuando se la ha aprehendido. Freitas, art. 3824, agrega: «ó por efecto del mandato para tomarla, ó de actos de remates judiciales, ó de adjudicaciones en que el juez manda poner en posesión, sin que intervenga el consentimiento del anterior poseedor».—FREITAS, art. 3285.— Véanse arts. 2364, 2372, 2455, 2456 y 2458.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2382.—Probada la posesión y los hechos turbatorios, procede el interdicto de recuperar, aunque el demandado tenga títulos que puedan darle derecho á poseer.—LVI, 168.

No puede considerarse que el demandado haya tenido la posesión anual anterior á la demanda, si resulta que el acto por el cual pretenda haberla tomado, fué resistido por el demandante que la tenía.—LVI, 168.



seedor de todas y de cada una de las partes de la cosa, porque no tiene en su favor la presunción del poseedor con título, á quien le basta poseer una parte para reputarlo poseedor del todo.

Cuando se trata de la posesión adquirida por la tradición, no necesita de la entrega material de la cosa, basta que tenga la posibilidad de tomarla, por eso dice el **art. 2385**: *si la cosa cuya*

(**Art. 2385.**) En la posesión de cosas muebles la adquisición ordinaria es la aprehensión corporal tomando el objeto, pero se puede adquirir ejecutando actos que la representen. El Dr. Velez-Sarsfield, siguiendo á Savigny, toma el símbolo, no en el sentido de los glosadores, como una tradición ficta, sino como un medio que indica la posibilidad física de disponer de la cosa. Así, la presencia del poseedor, cuando el tradente entrega la cosa, bastará para adquirir la posesión sin que haya necesidad de un contacto personal, porque tiene la posibilidad de tomarla, y esto sucede ordinariamente en las cosas de gran volumen. Como casos en que no se necesita el contacto físico con el objeto, se pueden citar: si hago entregar á un tercero la cosa que debe entregármese, la posesión jurídica ha sido transmitida por mí á ese tercero, tradición *breri manu*; cuando la cosa está en caja cerrada y se me entregan las llaves, no como un símbolo de la posesión, sino como medio de tomarla abriendo la caja. Los romanos exigían que la cosa hubiera sido vista, porque las llaves no servirían para hacer la tradición, si la cosa que contenía la caja se hubiera entregado á otra persona, y Freitas, art. 3763, n° 2, exige la misma condición; igualmente no habría posesión cuando la caja estuviera en una casa donde no puedo entrar á mi voluntad, porque no tendría la posibilidad de tomar las cosas encerradas en ella.

La presencia de la cosa no bastará muchas veces para adquirir la posesión, mientras no exista la posibilidad de tomarla á cada instante, como el que persigue un animal por cercano que esté á él; del mismo modo el sello puesto á las mercaderías que están en un depósito cuyas llaves no se le han entregado, no hará adquirir la posesión; se exceptúan los casos de la legislación comercial y los warrants; por el contrario, no es necesario tener la cosa en su presencia, ni que el adquirente se encuentre ante ella, cuando la han depositado en la casa de éste, pues lo que se encuentra en su casa está bajo su custodia; de donde se deducen estos principios de suma importancia: 1°, la adquisición de la posesión de los muebles introducidos en una casa, no depende, ni de la propiedad ni de la posesión jurídica de la casa: así el locatario adquiere la posesión de los introducidos en la casa locada y el propietario no;

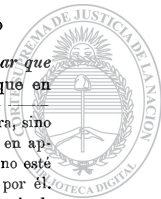


posesión se trata de adquirir, estuviere en caja, almacén ó edificio cerrado, bastará que el poseedor actual entregue la llave del lugar en que la cosa se halla guardada, para que se adquiera la posesión. Esta no es la posesión ficta que tiene lugar en los inmuebles, sino la real y verdadera que pone al adquirente en la posibilidad de tomarla sin contradictor.

Para adquirir la posesión, no es necesario que la misma persona reciba la cosa ó esté en la posibilidad de tomarla, puede hacerlo por otro; así, *la tradición quedará hecha, aunque no esté presente la persona á quien se hace, si el actual poseedor remite la cosa á*

2º, la entrega de las llaves de la caja, donde se encuentra la cosa, no bastará para dar la posesión al que las recibe, si no tiene la posibilidad física de tomar las cosas encerradas; 3º, una orden dada al depositario para entregar la cosa, no dará la posesión al que debe recibirla, mientras aquel no la haya aceptado y acatado, porque ha podido oponerse con justo motivo y negarse á entregarlas, como si, por ejemplo, la hubiera comprado, pues entonces no valdría la segunda venta, ó quedaría sin efecto si el que la dió cambiara de parecer y la revocase. El ejemplo del art. 2388 es diferente, porque el único título son los conocimientos. La Suprema Corte no ha decidido, que en la venta de muebles por escritura pública se adquiera la posesión por la declaración del vendedor de darse por desposeído, y el comprador por recibido como lo afirman algunos, pues la resolución del Dr. Albarracín, dice: «tratándose de bienes muebles era necesaria la tradición al comprador, que no solamente no ha tenido lugar por la verdadera entrega, sino que ni aun la simbólica, ó sea la confesada de darse por recibido de ellos», pues la escritura pudo contener, en efecto, que los recibía realmente, declaración que no prueba la verdad de la afirmación, porque en los casos de fraude bien se puede dar por recibido de una cosa que otro posee sin que esta declaración lo haga adquirir la posesión. La regla del art. 2378 quedaría sin efecto, si concediéramos la posesión por la sola declaración.—SAVIGNY, §§ 16 y 17. POTHIER, *Prop.*, n° 199, y MAYNZ, § 170.—Véanse arts. 2206, 2378 y 2402.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2385.—L. 1, Tit. 30, Part. 3ª.—Savigny, dice: «no hay necesidad de ocurrir á la tradición *breui manu*, ni á la tradición *ficta* de los glosadores. Nosotros partimos de un principio verdaderamente general: la posibilidad física de disponer de la cosa; y la entrega de las llaves no es una tradición *ficta*, ni una tradición *breui manu*, sino el medio de crear la posibilidad física.» *De la posesión*, § 16.



un tercero, designado por el adquirente, ó la pone en un lugar que esté á la exclusiva disposición de éste (art. 2386); pero que en

(Art. 2386.) No es una tradición simbólica la que se opera, sino real y efectiva, porque en el segundo caso se pone al poseedor en aptitud de disponer de la cosa, sea llevándola á su casa, aunque no esté presente, sea enviándola por su cuenta á la persona designada por él. Se debe buscar, pues, una situación definida de la que resulte que el adquirente tiene la posibilidad de disponer de la cosa. El comprador de una cosa que ordena se le remita por una persona designada, adquiere la posesión desde la entrega á esa persona, ó á una agencia de transporte, ó al agente para que la lleve á su destino, sin necesidad de que el adquirente la reciba, pues puede disponer de la cosa; pero en las compras ordinarias de las cosas de comercio en que el comerciante las envía con sus empleados á casa del comprador, éste no adquirirá la posesión hasta que la cosa no haya sido entregada, porque recién puede disponer de ella; pero si él las manda buscar, la adquirirá desde que la reciba el mandatario. Cuando un comerciante vende mercaderías que le son pagadas, si se han separado é individualizado, no por eso el comprador ha adquirido la posesión de ellas, pues no las ha recibido; si se pierden es el vendedor quien debe reponerlas. Si el comerciante se obligó á remitir las mercaderías separadas é individualizadas, el comprador no adquirirá la posesión, hasta que no se le haya hecho entrega de los conocimientos expedidos por la agencia de transporte, ó se hayan entregado los efectos á la persona indicada; porque antes no estaban en su poder ni podía disponer de ellos. Esta cuestión es importante en un caso de concurso, en que no podría reclamar las cosas como suyas, sino el precio pagado.—Comp. MOLITOR, n.º 30 y 34. SAVIGNY, § 16. FREITAS, art. 3764, n.º 2.—Véanse arts. 1816, 2378, 2388, 2396 y 2402.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2386.—Nosotros podemos, dice Savigny, adquirir la posesión de una cosa tan solo porque haya sido puesta en nuestra casa, aun estando nosotros ausentes. Cada uno tiene sobre su casa un imperio más cierto que sobre cualquiera de sus bienes, y este imperio le da al mismo tiempo la custodia de todas las cosas encerradas en la casa. Esta adquisición de la posesión no depende de la posesión jurídica del edificio. Así, el que ha alquilado una casa ó un almacén, aunque no tenga respecto del edificio, ni la propiedad, ni la posesión jurídica, adquiere la posesión de las cosas que se introducen en ella, porque tiene la custodia de todo lo que se encuentre en el edificio. Y á la inversa, la adquisición de la posesión es imposible para el que no tiene el uso propio de la casa, aunque tenga la propiedad y la posesión jurídica de ella.

La resolución del artículo está fundada en el texto expreso de la L. 18, Dig. *De acquir, vel omittend, possess.*

ambos casos, se encuentre en la posibilidad de ejercer sobre ella actos de dominio.

No es necesaria la tradición de la cosa, sea mueble ó inmueble, para adquirir la posesión (art. 2387, 1ª parte), en los casos siguientes:

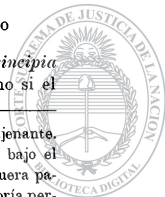
1º *Cuando la cosa es tenida al nombre del propietario, y éste por un acto jurídico pasa el dominio de ella, al que la posea en su nombre (art. 2387, 2ª parte), como si el locatario comprase la cosa que está en posesión, pues, le bastará el título de enajenación para adquirirla.*

(**Art. 2387.**) El artículo se funda en la l. 9, § 5, tít. 1, lib. 41, Dig., que dice: «hay casos en que la simple voluntad, sin tradición, basta para transferir la propiedad de una cosa; por ejemplo, si os vendo una cosa que os había prestado. . . » Muchos autores han confundido este caso considerándolo como una tradición *breui manu*, cuando no hay tradición en realidad, porque estaba hecha, y han supuesto que el vendedor tomaba su cosa que le era entregada y volvía á entregarla al comprador, habiendo una doble tradición, cuando no es exacto. La tradición *breui manu* tiene lugar, cuando queriendo transferir á Pedro la cosa que A debe entregarme, le ordeno dársela; por esa orden suprimo el recibo de mi parte; pero hay una entrega real á Pedro. En el caso del artículo no hay tradición, porque la cosa estaba en poder del locatario, aunque la poseía por mí, y ha bastado mi voluntad para hacerle adquirir la posesión y la propiedad; sólo ha cambiado el *ánimo*, porque antes poseía para otro, ahora posee para sí. Es inútil discutir si el adquirente gana el dominio al mismo tiempo que la posesión, porque el artículo sólo habla de esta última.

El otro caso en que no hay necesidad de tradición, es cuando el locatario que poseía á nombre del propietario principia á poseer á nombre de otro; como si el propietario vende la casa notificando la enajenación al locatario, quien comienza á poseer para el nuevo dueño. Son casos de adquisición de posesión sin tradición, que necesitan de un acto jurídico del propietario. Se separan los casos en que el tenedor de la cosa comienza á poseer por sí por un acto de un tercero, que creyéndose dueño se la enajona, ó cuando usurpando la posesión se niega judicialmente á reconocerlo como dueño á aquel por quien poseía, porque el artículo habla sólo de los casos enunciados.

El adquirente, en los casos del artículo, no deja de tener la posesión porque el enajonante se resista á cumplir el contrato, á menos de un acto





2º Cuando el que la posea á nombre del propietario, principia á poseerla á nombre de otro (art. 2387, últ. parte), como si el

propio de él mismo, reconociendo que vuelve á poseer por el enajenante. Si la cosa locada, por ejemplo, se hubiera vendido al locatario, bajo el pacto comisorio de dejar sin efecto el contrato, si el precio no fuera pagado, aun en caso de no pago y de rescisión, el comprador no habría perdido la posesión hasta que no le fuera quitada la cosa. El Dr. Velez-Sarsfield quiso hablar del *constituto posesorio* en el segundo caso del artículo, porque cita á Molitor, n° 45, que se refiere á él, como citó la ley romana en que se funda el primer caso. En efecto, el constituto posesorio es el caso inverso del primero, en que se adquiere la posesión sin tradición, cuando poseyendo como propietario se consiente en poseer como locatario, por haber enajenado la cosa; pero como los términos son expresos, y se refiere, no al propietario, sino al que posee á nombre de éste y principia á poseer por otro, debemos aceptarlo tal como queda explicado.—Comp. MOLITOR, l. c. AUBRY y RAU, § 179, con los que no estoy conforme respecto á la tradición, *breui manu*, que creen aplicable á estos casos. TROP-LONG, *Venta*, n° 270.—Véanse arts. 577, 2353, 2365, 2378 á 2380 y 2462.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2387. — L. 47, Tit. 28, Part. 3ª.—L. 9, § 5, Dig. *De adq. rerum, dom.* y L. 18, Dig. *De adquir. vel omit. possess.*—Molitor, *De la posesion*, n.º 45.

Fallos de la S. C. N.—Aplicacion del art. 2387.—No es necesaria la tradición de la cosa para adquirir la posesión, cuando el que la posee á nombre del propietario principia á poseerla á nombre de otro.—XVI, 347.

Tampoco es necesaria, cuando el poseedor desiste de la posesión que tenía, y el adquirente ejerce actos posesorios en el inmueble en presencia de él y sin oposición alguna.—XVI, 348.

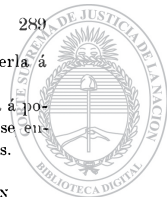
La posesión mandada dar por el interdicto de adquirir, importa turbación contra el poseedor cuya existencia se ocultó, y da derecho para deducir el interdicto de amparo, ó restitución en su caso.—LII, 193.

Ante la prueba de la posesión tenida por otro, no puede admitirse la que pretenda haber tenido el actor sobre la misma cosa y debe por lo tanto rechazarse el interdicto fundado sobre dicha posesión.—LIII, 311.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicacion al art. 2387.—El reconocimiento que el vendedor hace, en el título traslativo de la posesión, de tenerla por el nuevo propietario, basta para considerarla verificada, sin que se requiera acto material ni simbólico.—Jur. Civ., VII, 115, Sér. 5ª.

Si por la escritura de venta con pacto de retroventa el vendedor transfiere también la posesión, reconociendo que la que tenga será á nombre del propietario, debe dársele á éste judicialmente.—Jur. Civ., I, 393, Sér. 6ª.

Véase fallo del art. 1967.—Jur. Civ., III, 392, Sér. 5ª.



mismo locatario notificado de la venta consiente en poseerla á nombre del nuevo adquirente.

3º Cuando el propietario enajena la cosa y comienza á poseerla como locatario, á nombre del adquirente; es lo que se entiende por el verdadero constituto posesorio de los romanos.

§ 661.—DESDE CUANDO SE REPUTA HECHA LA TRADICIÓN

Cuando las cosas se compran ó venden para enviarlas á casa de los adquirentes, ó para ponerlas en determinados lugares, es necesario precisar el momento en que la tradición se reputa hecha; en esos casos se observarán las siguientes reglas:

1º *La tradición de cosas muebles que no están presentes, se entiende hecha por la entrega de los conocimientos, facturas, etc., en los términos que lo dispone el Código de Comercio (art. 2388, 1ª parte), rigiéndose esos casos por la legislación comercial.*

2º *Cuando fuesen remitidas (las cosas) por cuenta y orden de otros, desde que la persona que las remite las entrega al agente que deba transportarlas; con tal que el comitente hubiese determinado ó aprobado el modo de la remisión (art. 2388, 2ª parte), pues el*

(**Art. 2388.**) Tratándose de cosas no presentes, ó que están ausentes, como dice Freitas, la tradición se hace por la entrega de las facturas; pero se haría lo mismo aunque las cosas estuvieran presentes en los depósitos de la nación ó de la empresa, desde que es el único medio de demostrar la propiedad. En estos casos la posesión y la propiedad se confunden, porque sirven de único título material que las demuestra. Entiéndese que el artículo habla de la tradición y la manera de hacerla para transferir la posesión, en esos casos la entrega de los conocimientos son los actos materiales de que habla Freitas en el art. 3771. Se reputarán entregados los conocimientos, desde que sean puestos en el correo para que los transporte al que debe recibirlos. Si se tratase de cosas que deben remitirse de un lugar á otro, la tradición sólo se reputará hecha cuando las cosas se han entregado al agente que debe transportarlas.

Si se tratase de cosas que no estuvieran presentes, no habría dificultad para aplicar el principio; pero cuando se han comprado estando presentes y se encarga al vendedor de enviarlas á otro lugar, se pregunta: ¿Ha adquirido el comprador la posesión? No; porque no tiene la posibilidad de disponer de ellas desde que se encuentran en poder del vende-

agente es la persona determinada por el adquirente, quien la recibe en su nombre, corriendo los riesgos.

§ 662.—DE LA TRADICIÓN DE ACCIONES

En la tradición de las acciones se observarán las reglas siguientes:

1° *La tradición de rentas nacionales ó provinciales se juzgará hecha por la transferencia de ellas, según la legislación que las rija (art. 2390, 1ª parte).*

2° *La tradición de acciones nominativas de compañías ó sociedades, se juzgará hecha cuando lo fuese conforme á los estatutos de la sociedad ó de los contratos sociales (art. 2390, 2ª parte), que serán la ley á que obedezcan, siempre que algunas de sus cláusulas no fueran contrarias á las leyes en vigencia.*

3° *La tradición de acciones endosables, se juzgará hecha por sólo el endoso, sin ser necesaria la notificación al deudor (art. 2390, 3ª parte), rigiéndose por lo dispuesto en el Código de Comercio, cuando se tratare de obligaciones sobre sumas de dinero.*

4° *Las acciones al portador, se juzgarán transmitida por la sola tradición efectiva de los títulos (art. 2390, últ. parte); porque*

dor. Se confunden los derechos del vendedor con relación á la entrega de la cosa, con la posesión que no se adquiere sino cuando el comprador tiene la posibilidad de disponer de ella. Mientras la cosa permanece en poder del vendedor, son á su cargo los riesgos y peligros hasta que se haga la tradición, y ésta sólo se reputará hecha cuando la ha entregado al agente; pero si debía ponerla en un lugar determinado, no habrá tradición ni se adquirirá la posesión mientras no se haya realizado el hecho, y el envío de los conocimientos ó facturas no bastará para hacérsela adquirir, porque continuará perteneciendo al vendedor hasta el recibo de la cosa. Cuando las cosas deban ser remitidas por cuenta y orden del adquirente, tampoco habrá tradición hasta la entrega, si el remitente, contrariando las órdenes del adquirente hubiera elegido otro medio de transporte que el indicado; como si, por ejemplo, le ha ordenado se las entregue á B y las remite á A, en cuyo caso no adquiriría la posesión hasta la entrega de la cosa.—Comp. FREITAS, arts. 3771 y 3773.

(**Art. 2390.**) Para interpretar esta disposición, es necesario reconstruir el proceso que ha seguido el legislador, y los fines que se ha propuesto al dictarla. La fuente ha sido Freitas, art. 3784; de donde ha sido



llevan en sí la orden de pagarlas al poseedor del documento; en ellas, la posesión es el único título.

4° *La tradición de instrumentos de crédito sólo se juzgará hecha, cuando fuese notificada al deudor, ó aceptada por él (art. 2391);*

tomado, quien sienta como un principio general: que la tradición de los instrumentos de crédito, *para el efecto de cedernos*, sólo se juzga hecha si fuere *efectiva* y notificada al deudor ó por él aceptada, salvo cuando los instrumentos fueren: pólizas generales ó provinciales de la deuda pública, acciones de compañía ó sociedades, títulos á la orden, títulos al portador; hipotecarios, anticréticos ó pignoraticios. Quiere decir entonces, que se habla de la tradición para producir los efectos de la cesión, y es así como en este caso al adquirir la posesión se adquiere la propiedad. La expresión de la tradición de *rentas* nacionales, se debe aplicar á los títulos expedidos por la nación y que producen renta, no á las que cobra la nación. En algunas Provincias había la costumbre de enajenar ciertas rentas para que los particulares la percibieran, corriendo con el riesgo de que produzcan más ó menos; este medio primitivo de percepción de la renta ha desaparecido; así, el artículo se refiere á la tradición de los títulos de renta expedidos por la nación ó las provincias, que sólo se transferirán con arreglo á las leyes especiales del caso, aunque haya precedido contrato escrito y entregado los títulos al cesionario. En cuanto á la tradición de las acciones de sociedades que estén á nombre propio, no existirá si no se ha cumplido lo ordenado en los estatutos ó contratos sociales, teniéndose en cuenta que si la prestación de alguno ó algunos de los socios fuese de créditos, se entenderán cedidos cuando la cesión conste en el contrato social, art. 1707. Las acciones endosables de sociedades ó de títulos á la orden se consideran poseídas por el simple endoso, sin perjuicio de los derechos de tercero en los casos de fraude, ó cuando la cesión es gratuita y perjudica á los acreedores. La tradición de las acciones al portador *de compañías ó sociedades*, agrega Freitas, art. 3788, ó de otros títulos al portador, se juzgará hecha por el simple endoso. La posesión que la ley presume en esos casos, como en los del artículo anterior, puede combatirse por una prueba en contra, que no perjudicará á los terceros contratantes de buena fe. Respecto á los créditos no endosables se rigen por las disposiciones del título sobre la cesión, y la posesión del crédito se adquirirá como allí se dispone.—FREITAS, arts. 3785 á 3788.—Véanse arts. 1438, 1454 á 1457, 1459, 1815 y 2378.

(Art. 2391.) La disposición tal como está es incompleta, porque se ha suprimido la parte principal; así, dice Freitas, art. 3784: «la tradición





pero esto será con relación á terceros; porque para el cedente y cesionario no es necesario que la cesión sea notificada.

§ 663.—CAPACIDAD PARA ADQUIRIR LA POSESIÓN

La posesión á pesar de ser un acto material de aprehensión real y efectiva, ó cuando el individuo se coloca en aptitud de ejercitar actos posesorios sobre la cosa, necesita la voluntad ó el ánimo de la persona, que es el alma mater de toda acción; sin voluntad no hay acto productor de derechos, ni se extinguen, ni modifican los existentes; por eso *son incapaces de adquirir la posesión por sí mismos, los que no tienen el uso completo de su razón, como los dementes, fatuos y menores de diez años; pero pueden adquirirla por medio de sus tutores ó curadores (art. 2392)*. La palabra *fatuos*

de instrumentos de créditos, *para el efecto de cederlos*, sólo se juzgará hecha, cuando fué notificada al deudor ó aceptada por él, pero con relación al cedente y cesionario se considerará cedido el crédito aunque no haya sido notificada ó aceptada la cesión». Este artículo comprende los créditos no endosables. Respecto del deudor cedido y de los terceros, el traspaso no se reputará hecho hasta la notificación ó aceptación, y se gobernará por el título de la cesión.—Véanse arts. 1457, 1459, 1467, 2378 y 3265.

(**Art. 2392.**) Siendo la tradición un contrato, lo natural es que por lo menos se exigiera voluntad para poder realizarla; así, dice la ley romana «un furioso ó un menor no pueden comenzar á poseer sino por la autoridad de su tutor, porque aunque pueden tocar las cosas con sus manos, no tienen la intención de poseerlas; se les puede comparar á un hombre dormido á quien se le pusiera una cosa en la mano»; l. 1, § 3, tit. 2, lib. 41, Dig. La expresión de *que necesitan el completo uso de su razón* para adquirir la posesión, se debe tomar como un término general, que comprende todos los que se hallen en casos semejantes; así, no podrán hacerlo, no sólo los dementes y menores de diez años, sino los que no tienen voluntad ni pueden manifestarla, como el sordo-mudo declarado incapaz, porque no sabe darse á entender por escrito. El presente artículo viene á ser una excepción del art. 921, que reputa incapaces á los impúberes, para realizar actos lícitos; aunque convendría armonizarlo, sujetando todos los actos lícitos á una misma regla. Así, la enumeración de los que no tienen completa razón, contenida en este artículo, no es limita-



es una expresión que no tiene significado ante la nueva clasificación que el Código hace de la locura.

Como una consecuencia necesaria de la voluntad, para adquirir la posesión, no podrán obtenerla las personas de existencia ideal, porque carecen de ella; por eso dice el **art. 2393**: *am-*

tiva á los dementes, furiosos y menores de diez años, sino meramente enunciativa y comprende con mayor razón á las personas por nacer y ausentes declarados en juicio, que son incapaces de tener voluntad y de manifestarla; así lo trae Pothier, *Poseción*, n.º 22, de donde fué tomado el artículo. Creo, igualmente, que los dementes pueden adquirir la posesión en lúcidos intervalos, si se demuestra que cuando la tomaron gozaban de su razón; lo mismo puede decirse del sordo-mudo, declarado que en el intervalo hubiese aprendido á darse á entender por escrito, sin que se le hubiera levantado la interdicción. Cuando no hay voluntad por parte del que toma posesión, ésta deja de existir; pero si el tutor ó curador sometiera á su poder la cosa tomada por el incapaz, la posesión quedaría adquirida para éste. Los mayores de diez años pueden adquirir la posesión para sí. — Comp. SAVIGNY, § 21. POTHIER, l. c. FREITAS, art. 3828, n.º 2, admite la posesión tomada por el demente en lúcidos intervalos. — Véanse arts. 54, 92, 141 y 2381.

(**Art. 2393.**) Como la persona jurídica no puede manifestar su voluntad sino por medio de sus representantes, es claro que serán incapaces por sí mismo de adquirir la posesión. No creo, como Troplong, que los habitantes de un Municipio puedan adquirir para ese Municipio, pues no lo representan, ni aun se pueden considerar como gestores oficiales; porque si cada uno de los habitantes usa de una cosa es porque el dueño de ella lo permite ó no lo prohíbe, pero al usarla no tiene la intención ni la voluntad de poseer para el común; usa de la cosa hasta que viene la prohibición formal. No se adquieren los inmuebles sino ejecutando en ellos actos posesorios por los que tienen voluntad. Una sociedad que no es persona jurídica no puede poseer una cosa sino cuando todos los miembros que la componen la poseen, y entonces la posesión no corresponde á la sociedad, sino á cada una de las personas que la forman. — Comp. FREITAS, art. 3829. — Véanse arts. 35, 41, 2394 á 2398.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2392.—L. 1, Dig. *De adq. poss.*—Pothier, *Poss.* n.º 44.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2393.—L. 1, § 22, Dig. *De adq. poss.*



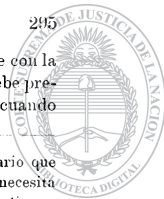
poco pueden adquirir la posesión de las cosas las personas jurídicas, sino por medio de sus síndicos ó administradores que deben obrar á nombre de la persona y dentro de las facultades conferidas por sus estatutos.

§ 664. — DE LOS MODOS DE ADQUIRIR LA POSESIÓN POR OTRO

En general, la posesión se adquiere por un acto exterior que manifiesta la voluntad de tomarla, y no hay inconveniente en que pueda adquirirse por una persona que nos representa, por eso dice el **art. 2394**, 1ª parte: *la posesión se adquiere por medio de otras personas que hagan la adquisición de la cosa con intención de adquirirla para el comitente*; porque sin la intención no hay adquisición; el ánimo debe existir en el representante y en el representado, de ahí la necesidad de que ambos deben ser capaces de tener voluntad.

El que ejecuta un mandato, obra á nombre de su mandante; así, cuando he dado poder á un tercero para que tome en mi nombre la cosa que otro debía entregarme y el mandatario la recibe, *la intención* (de recibirla para mí) *se supone desde que el representante no haya manifestado la intención contraria por un acto exterior* (**art. 2394**, 2ª parte), y debe demostrar que la posee para sí y no para su representado.

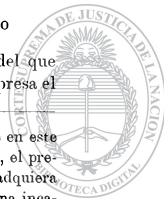
(**Art. 2394.**) Molitor dice, con razón: «se engañaría quien creyera que para adquirir la posesión por un tercero, bastaría queuviésemos el *animus*, y que el tercero tomara la posesión; no, es necesario, además, por regla general, que nuestro representante *tenga también la intención de tomarla para nosotros*». Esto es lo que se ha confundido por muchos, tomando las excepciones como reglas generales. La regla de que el representante debe tener la intención de adquirir la posesión para el representado sufre excepción, cuando se trata de las personas que están bajo poder de otro, que adquieren para aquel bajo cuyo poder se encuentran, salvo los casos del art. 287, ó cuando manifiestan la intención de poseer para una tercera persona. Sufré igualmente excepción, cuando la voluntad del tradente es que la posesión se adquiriera para el representado, porque es la voluntad de éste que domina todo el acto, y aunque el representante quiera tomarla para sí ó para otro, será aquel que adquirirá la posesión; *nilil agit in sua persona sed nili adquirat*.



Generalmente, la intención del representante coincide con la de su representado, y cuando se encuentran en colisión debe prevalecer la de aquel, porque es quien ejecuta el acto; pero cuando

Para que el representado pueda adquirir la posesión es necesario que la conserve y tenga la voluntad de tomarla; por esa razón se necesita ratificar la posesión adquirida en nuestro nombre por un *negotiorum gestor*. La regla *ignorantibus possessio non acquiritur*, tiene sus excepciones: 1º, cuando la adquisición se hace por un mandatario general, en que el mandante la adquiere aun ignorándolo, porque su voluntad está presente, por decirlo así, mientras obra dentro de los límites del mandato. El mandante representa al principal, no sólo en cuanto al *corpus possessionis*, sino en cuanto al *ánimus*; por eso, aunque el mandante ignore la adquisición, podría comenzar á prescribir, con tal que no tuviera mala fe en el momento de la posesión. «En el mandato especial, dice Molitor, la adquisición se hace *animo mandantes, corpore alieno*; el mandante está representado en la ejecución de su propia voluntad; por consiguiente, la buena ó mala fe del representante no tiene influencia alguna, pues todo el acto se encuentra sometido á la buena ó mala fe del mandante». De ahí se ha deducido la consecuencia errónea de que el *ánimo* del representante no hace falta, confundiéndolo con la buena ó mala fe, cuando es sabido que el ánimo es una condición esencial, y por eso es necesario ser capaz de tenerlo para adquirir la posesión; sin este no hay adquisición posible, aunque no pueda prevalecer en el caso del art. 2395; 2º, la otra excepción es la establecida en favor de los incapaces de tener voluntad, quienes adquieren por sus tutores, curadores ó síndicos, de que se ha hablado en los dos artículos anteriores. En la posesión adquirida por un tercero sin necesidad de tradición, queda comprendido lo que los juriscultos modernos llaman *constituto posesorio*, y tiene lugar cuando A, propietario y poseedor, vende su casa á B, y queda como inquilino, poseyendo á nombre de éste, lo que algunos autores han confundido con la tradición *brevis manu*, cuando en realidad no existe, porque la posesión se adquiere sin tradición. En este caso se encuentran tres elementos: 1º, la voluntad de poseer por un tercero; 2º, la voluntad del tercero de poseer para el adquirente; 3º, la detención corporal de la cosa por ese tercero, en quien preexiste el ánimo de adquirirla para nosotros.

Entre nosotros algunos autores sostienen que no hay por el Cóligo *constituto posesorio*, porque el adquirente no ejerce acto material alguno, enseñando que la regla del art. 2378, de que la sola declaración de



esa misma intención se encuentra en oposición con la del que transfiere la cosa, la de éste prevalece, y esto es lo que expresa el

darse por desposeído no suple las formas legales, es aplicable en este caso. No participo de esta opinión por las razones siguientes: 1º, el presente artículo no limita ni prohíbe que el tercero por quien se adquiere la posesión sea el mismo poseedor, y no hay razón para crear una incapacidad que no existe; 2º, la regla del art. 2378 no tiene aplicación en el *constituto posesorio*, porque hay una persona que posee materialmente la cosa á nombre de otro, mientras que cuando se hace la declaración de darse por desposeído, la cosa queda sin poseedor, y para adquirirla necesita un acto material de aprehensión que no existe: falta la detención corporal con el ánimo de adquirir la posesión, y es por eso que la sola intención ni la voluntad son capaces de hacerla adquirir; 3º, porque el art. 2462, n° 3, expresamente lo establece, convirtiendo al propietario en mero tenedor de la cosa transmitida.

No se debe confundir el ánimo con la buena ó mala fe del mandatario; porque sin ánimo ó intención de tomar la posesión para otro, éste no la adquiere, y por eso, la ley exige que el tercero sea capaz de tener voluntad y de manifestarla; pero como representa á su mandante en la ejecución del acto, su buena ó mala fe no aprovecha ni perjudica á aquel. Fuera de los dos casos de excepción indicados, la intención del mandatario de poseer para otro que su mandante, impedirá que éste adquiere la posesión.

Cuando el mandato fuera nulo por algún vicio, la posesión quedará adquirida por el mandante, si fué tomada por el mandatario en su nombre, sin necesidad de ratificación posterior, porque se trata de un acto material ejecutado para el mandante, y es por esa razón que se adquiere la posesión violenta ó clandestinamente, por intermedio de sus agentes. —Comp. POTHIER, n° 24. MOLITOR, n° 45. SAVIGNY, § 27. WOODON, n°s 260 y sig. FREITAS, art. 3830. Cód. DE CHILE, arts. 720 y 721. — Véanse arts. 2392, 2393, 2395 y 2446.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2394.—L. 1, § 20, Dig. *De adq. poss.*—Trolong, sobre el art. 2228, n° 259.—Pothier, *Poss.*, n° 50 y 51.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—*Aplicación del art. 2394.*—Justificada la posesión por más de cuarenta años, es procedente la adquisición por prescripción contra la Municipalidad.—Jur. Civ., VI, 171, Sér. 2ª.

La posesión de derecho, por intermedio de un mandatario, equivale á la posesión de hecho, y obtenida la segunda, es improcedente el pedido de la primera por intermedio de los jueces.—Jur. Civ., VI, 9, Sér. 2ª.



art. 2395, al decir : *aunque el representante manifieste la inten-*

(**Art. 2395.**) El presente artículo viene á establecer una de las excepciones á la regla general, de que para adquirir la posesión por medio de otro, se necesita que éste tenga la intención de tomarla para su mandante; es uno de los casos donde la voluntad del tradente domina por completo, pues, para hacer adquirir la posesión, el que tiene la cosa como poseedor es dueño y señor para transmitirla al que quiera. Supone, pues, el caso de una colisión manifiesta de las dos voluntades, la del que entrega la cosa para que se la den al adquirente, y la del mandatario que la recibe expresando que lo hace para sí. La **l. 13**, tit. **5**, lib. **39**, Dig., dice: «porque si se había dado la cosa á mi procurador para que la adquiriera para mí, y la hubiera recibido como adquiriéndola para él, la adquiriría en mi provecho y no en el suyo». Esta ley se refiere á la donación, donde la colisión de las voluntades es más clara y el efecto más limitado, porque si doy á B una cosa para A, aquel no puede hacerla suya, aunque exprese claramente que la toma para sí; la voluntad del que la recibe no puede alterar la donación; lo mismo sucederá en caso de venta, cuando el vendedor entrega la cosa para que la reciba el comprador, el mandatario no puede adquirir ni la posesión, aunque manifieste que toma la cosa para sí. La regla recobra su imperio y hace necesaria la intención del mandatario de tomar la posesión para su mandante, cuando el tradente se ha limitado á entregar la cosa sin manifestación alguna, ó cuando ha manifestado una voluntad contraria, como si uno manda comprar una cosa y éste la adquiere para sí, entregándosela el vendedor, como si él fuese verdadero comprador. El artículo comprende, pues, el caso en que el tradente ha manifestado la voluntad de que el mandante adquiera la cosa tratando con el mandatario en este sentido. — Comp. **MOLITOR**, n° **41**, l. **37**, § **6**, tit. **1**, lib. **41**, Dig., y **SAVIGNY**, § **26**. — Véanse arts. **2394** y **2458**.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2395.—**Molitor**. *De la posesión*, n° **41**. «Entregáis una cosa á mi mandatario para que yo la adquiera, y él la reciba para él: esta voluntad de su parte será nula.» dice la **Ley 13**, Tit. **5**, Lib. **30**, Dig. *nihil agit in sua persona, sed mihi adquiri*. La voluntad del que transmite es la que domina el acto.

Faltos de la S. C. N.—*Aplicación del art. 2395.*—La posesión de un inmueble tenida por medio de tercero, da derecho para entablar contra el turbador de ella, el interdicto de retener.—**XXX**, **241**.

Si por el abandono del tercero, el turbador se ha apoderado del inmueble durante el juicio, debe éste ser obligado á devolver la posesión, y condenado á no inquietar en ella al poseedor.—**XXX**, **241**.



ción de tomar la posesión para sí, la posesión se adquiere para el comitente, cuando la voluntad del que la transmite ha sido que la posesión sea adquirida para el representado; lo que se justifica y explica en las donaciones, no así en los demás contratos. Esta regla ha hecho pensar á algunos que el ánimo del representante no debía tenerse en cuenta, lo que es un error, porque la voluntad de éste predomina, cuando el tradente no ha manifestado intención alguna.

El mandatario ó representante es el portador, por decirlo así, de la voluntad de su mandante, por esa razón, *para la adquisición de la posesión por medio de un tercero, no es preciso que la voluntad del mandante coincida con el acto material de su representante (art. 2396)*, porque la supone persistente, mientras el mandato existe; pero cuando el que toma la posesión es un gestor, su intención predomina, el acto ejecutado lleva el sello de su voluntad, y la adquiriere el dueño del negocio ratificando el acto.

Cuando el mandatario ejecuta el acto á nombre de su mandante, se puede decir que es sólo el órgano por el cual manifiesta éste su voluntad, de ahí es que *la buena fe del representante*

(**Art. 2396.**) El artículo se refiere á los mandatarios que obran en representación de sus mandantes, y no á los representantes necesarios de los incapaces, pues aquellos no tienen voluntad y no es posible encontrar el momento en que coincidan ambas voluntades; por eso se dijo en el art. 2392, que los tutores y curadores adquirirían para los incapaces. Se supone que el mandante conserva la voluntad de adquirir la cosa, mientras no ha expresado lo contrario. Comprende uno de los casos de excepción de la regla *ignoranti possessio non acquiritur*, como se dijo en el art. 2394. Cuando he dado la orden de tomar posesión de una cosa y se la ha tomado, aunque yo lo ignore, he adquirido la posesión, porque puedo disponer de ella. Por el derecho romano la prescripción no comenzaba á correr sino desde el momento en que llegaba á conocer la toma de posesión.—Comp. MAYNZ, § 171, n° 2. MOLITOR, n° 42. WOODON, n° 254, y POTHIER, n° 24.—Véanse arts. 2386 y 2394.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2396.—Maynz, § 171, n° 2,—Duranton, tom. 21, n° 196.

Fallo de la S. C. N.—Aplicación del art. 2396.—Véase fallo al art. 2385—XXX, 241.



que adquirió la posesión, no salva la mala fe del representado (art. 2397, 1ª parte), que continúa poseyendo la cosa como si él mismo la hubiera tomado, ni la mala fe del representante excluye la buena fe del representado (art. 2397, 2ª parte), lo que ha hecho pensar á algunos autores que el ánimo del representante no debe tomarse en cuenta, confundiendo la buena ó mala fe con la voluntad que debe existir en el que toma la posesión.

Cuando un tercero, obrando sin poder, ejecuta un acto á nombre de otro, no puede obligarlo sino en la medida del provecho obtenido; pero como la ratificación equivale al mandato, resultará que una vez ejecutado el acto, si es aprobado por el dueño del negocio, será como si lo hubiera encomendado; este principio se aplica igualmente á la posesión, por eso dice el art. 2398: la

(Art. 2397.) No se debe confundir, como hacen algunos, la intención del mandatario que influye decididamente en algunos casos para la adquisición de la posesión, con la buena ó mala fe que jamás se toma en cuenta, y que sirve para la usucapión. Así, cuando el mandante sabiendo que la cosa es ajena ha ordenado que se la tome en su nombre, la buena fe del mandatario que la adquirió, creyéndola del mandante, no cambiará la causa de la posesión, y ésta continuará siendo de mala fe; por el contrario, si el mandante se creyó con razón dueño de la cosa y ordenó tomarla, aunque el mandatario supiera que pertenecía á otro, su mala fe no perjudicará al adquirente y podrá prescribirla, si tiene título. La ley 8. tit. 3, lib. 41, Dig., establece que la prescripción se puede adquirir aun ignorándolo aquel á quien aprovecha, *qua hoc ignorantes domini usucapiunt*. «Así, dice Molitor, n° 44, en este caso la buena ó mala fe del representante no se toma en cuenta, todo se regla según la opinión del representado, y es en su persona que la buena ó mala fe debe existir para que la usucapión pueda tener lugar,» citando en su apoyo la l. 2, § 11, tit. 4, lib. 41, Dig.

(Art. 2398.) Para tomar la posesión por intermedio de un tercero es necesario tener la intención de poseer, á diferencia de cuando se trata de la mera aprehensión. La regla del derecho romano: *ignorantibus possessio non acquiritur*, tiene aquí su completa aplicación; por eso cuando una tercera persona, obrando por nosotros sin poder, adquiere la posesión de una cosa, nosotros no la adquirimos, sino después de haber ratificado lo hecho en nuestro nombre. La palabra ignorancia tiene dos sentidos: uno, cuando se ignora lo que el tercero ha hecho en nuestro



posesión se adquiere por medio de un tercero, que no sea mandatario para tomarla desde que el acto sea ratificado por la persona para quien se tomó. La ratificación retrotrae la posesión adquirida al día en que fué tomada por el gestor oficioso, concediéndola en toda su amplitud, y desnaturalizando, en cierto modo, el hecho que ha tenido lugar, y en que la voluntad del agente viene á predominar por completo.

§ 665. — CÓMO DEBE TOMARSE LA POSESIÓN

Para que la posesión se entienda tomada, se deben atender á las reglas siguientes:

nombre; el otro, cuando se ha mandado hacer la adquisición, sin recibir aviso de haberse cumplido el mandato. En el primer caso, no hay adquisición posible, porque falta la intención de poseer; en el segundo, la posesión la hemos adquirido, pues se supone que hemos persistido en esa voluntad, desde que no hemos revocado el poder. Los actos de violencia, dice Savigny, § 26, no pueden hacernos poseer por intermedio de un tercero, porque una ficción jurídica no puede prestarse á secundar una acción de este género.

En la adquisición de la posesión por un *negotiorum gestor*, debemos estudiar tres elementos: 1º, la intención del tercero; 2º, lo que debe hacer el nuevo poseedor; 3º, la relación de derecho entre ambos. El *negotiorum gestor*, debe adquirir la posesión para el dueño del negocio; es decir, tener la intención y aprehender la cosa, y no puede hacerlo una persona sin voluntad. El nuevo poseedor debe tener la voluntad de adquirirla, porque sin ella no hay posesión posible. La relación jurídica entre representante y representado viene á crearse por la ratificación de lo hecho en su nombre. Tomada la posesión como un simple hecho, no debía concederse á la ratificación el efecto retroactivo, pues no puede alterar el pasado desde que no hubo voluntad ni intención por parte del nuevo adquirente; pero como también se la considera como un derecho, tiene el efecto de la autorización previa y se aplica el principio del art. 1162. Nuestro Código se ha decidido por el efecto retroactivo, contra la opinión de Aubry y Rau, y Maynz, que piensan lo contrario.—CÓD. DE CHILE, art. 721, y FREITAS, art. 3832.—Véanse arts. 1059, 1162 y 2394.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2398.—Molitor, *De la posesión*, n° 42.—Belime, *De la posesión*, n° 92.—Troplong, *Poss.*, n° 261.—Pothier, *Poss.*, n° 53.



1º *Si la cosa cuya posesión se va á adquirir se hallase confundida con otras, es indispensable para la adquisición de la posesión, que sea separada, y designada distintamente (art. 2402), pues de otro modo no podría decirse que se la posee materialmente, y como la sola intención no basta, es necesario la separación.*

2º *Cuando se hubiesen recibido las cosas expresadas en una obligación, se supone que si era cantidad ó cosa incierta, ha sido individualizada. Si la obligación era alternatvia, que la elección ha tenido lugar; y que ha sido gustada, contada, pesada ó medida, si la cosa dependía de estas operaciones (art. 2389).*

(**Art. 2402.**) Se puede poseer el todo ó parte de una cosa, siempre que esté determinada, ya sea geométricamente, como *certum loco*; ya aritméticamente, como una mitad ó una tercera parte: pero agrega la l. 26, tít. 2, lib. 41, Dig., «no se puede dar ni recibir la posesión de una parte indeterminada; por ejemplo, si os cedo lo que me pertenece en tal fundo, porque la ignorancia hace que no se pueda dar ni recibir una cosa de la que no se tiene idea». Aplicando este principio, para poseer una cosa se debe determinarla é individualizarla.

Cuando se trata de comenzar una posesión de buena fe, se necesita saber cuál es la cosa que se posee; así, no puedo tener la posesión de diez vacas entre cien, si primero no las ha separado y contramarcado ó señalado. Esto no impedirá que si se han vendido todas las vacas que hubiere en el rodeo con tal marca, se pueda comenzar á poseerlas sin contarlas, porque el número es incierto, pero las cosas están determinadas, y los riesgos y peligros son de cuenta del comprador que ha entrado en posesión. Se trata de la posesión que se adquiere por la tradición.—Comp. WOODCOX, n.º 34 y sigs. FREITAS, art. 3834.—Véanse arts. 2376, 2389, 2405 á 2419.

(**Art. 2389.**) Todos estos casos se refieren á presunciones que pueden desvanecerse por una prueba contraria. El artículo, ¿los trae como un ejemplo ó es limitativo á los casos enunciados? Como se trata de pre-

—L. 42, Dig. *De adq. poss.*—Aubry y Rau impugnán la retroactividad de la posesión en el caso del artículo. § 173, nota 10.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2402.—Troplong, sobre el art. 2228, n.º 274.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2402.—A la Municipalidad que pretende reivindicar, corresponde justificar que el bien era imprescriptible por ser de uso común.—Jur. Civ., VIII, 332, S.º 2.º



3° *La posesión de una cosa hace presumir la posesión de las cosas accesorias á ella (art. 2403)*; mientras no se pruebe lo

suunciones que no pueden ser creadas por analogía, debe limitarse á los tres casos enunciados; la cosa se juzga individualizada, elegida, pesada, medida ó gustada, cuando ha sido recibida por el adquirente. Téngase presente que el artículo se refiere sólo á la adquisición de la posesión por medio de la tradición, y no á los derechos que son una consecuencia ó un antecedente de esa posesión. Cuando la cosa se hubiera adquirido á gusto del comprador, algunos opinan, que el recibo sin probarla supone necesariamente que es de su gusto, y que no se admite prueba en contra. Aunque la cuestión es extraña á la posesión, no creo se pueda negarle la prueba, cuando hubiese sido víctima de un engaño; de otro modo se favorecería el fraude. Freitas, art. 3781, n° 4, agrega: la presunción de haber sido verificadas por el adquirente las calidades de la cosa prometida en el contrato, ó la no existencia de los defectos; pero aunque es justa la suposición desde que se ha recibido la cosa, no podemos incorporarla á las presunciones del artículo y cada uno de los contratantes, según el caso, tendrá á su cargo la prueba.—Comp. LAURENT, XXIV, n° 145.—Véanse arts. 577, 603, 609, 893, 1336 á 1338, 1342, 1343 y 2376.

(**Art. 2403.**) Este es un principio general que tiene su desenvolvimiento en los artículos siguientes, y se debe exceptuar, el caso en que la cosa esté separada y pueda ser poseída individualmente, porque entonces se aplicaría la regla, de que en los muebles la posesión vale por título. Lo mismo sucedería si la cosa separada estuviera poseída por otro, pues aunque fuera accesorio de otra, tendría una existencia individual y sería necesario poseerla especialmente. Molitor, n° 33, siguiendo á Mühlenbruch enseña, que las partes de cosas conexas, no son poseídas como cosas particulares y separadas, haciendo la excepción de que pueden serlo, si á pesar de su conexidad conservan forma particular y distinta, como en el caso de la l. 30, § 1, tit. 3, lib. 41, Dig., cuando se trata de una piedra preciosa engarzada en el oro, en que se considerará á cada una de ellas como si estuvieran separadas, y en que la posesión de cada una continúa, y opera la prescripción de las dos.

Freitas, art. 3835, de donde fué tomado el artículo, expresa con más claridad la idea al decir: «ostando separadas ó en posesión de otro, será necesario que se tome posesión especialmente de ellas». El artículo se refiere á la posesión que se obtiene por la tradición con consentimiento

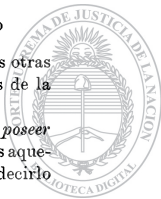


contrario, ó se manifieste claramente la intención de poseer sólo la principal.

4º *La posesión de una cosa compuesta de muchos cuerpos distintos y separados, pero unidos bajo un mismo nombre, como un rebaño, una piara, comprende sólo las partes individuales que comprende la cosa (art. 2404);* así es que sólo se poseerán las partes

del poseedor, ó cuando se hace por la autoridad de la justicia. Téngase presente lo dicho en el art. 2328 sobre cosas accesorias. — TROP LONG, nº 274.— Véanse arts. 1426, 2327 á 2332, 2404 á 2406, 2518 á 2520 y 2763.

(**Art. 2404.**) Este artículo se refiere á cosas no conexas, que forman un todo ideal; el siguiente abraza las cosas conexas que forman un todo material, y el art. 2406 habla de una masa de bienes á un patrimonio, ó una colección de objetos que no forman ni un todo ideal, ni un todo material. Es necesario tener presente que estos artículos legislan casos diversos, y todo el capítulo habla de la posesión adquirida por la tradición, menos el art. 2382, colocado allí como una excepción de los principios consagrados por los arts. 2377 y 2381. Estas ideas están perfectamente explicadas en la l. 30, tít. 3, lib. 41, Dig., cuando dice: «es necesario distinguir tres especies de cuerpos que pueden formarse de muchos; los unos no tienen juntos sino una misma contestura, conservando su individualidad, como un hombre, un pedazo de madera, una piedra; los otros no se reúnen sino por coherencia ó conexidad; en fin los otros forman un compuesto de muchas partes distintas bajo un mismo nombre aunque no están ligadas, como un rebaño». Así, tratándose de cosas no conexas que forman no obstante un todo ideal, como un rebaño, no pudiéndose poseer sino en cada parte material, es necesario tener cada una de ellas particularmente; por esa razón las ovejas robadas que forman parte del rebaño, si bien se poseen materialmente, esa posesión no comprendo la que se le ha dado por tradición y aunque puede alegar que la posesión vale por título, podrían ser recuperados por el dueño. Por esa misma razón, cuando se vende un rebaño y se toma posesión de él, si faltan algunos animales, el adquirente no se considera poseedor de ellos hasta que no los tenga, porque el todo ideal no puede poseerse, ó los animales pueden haber muerto. Debemos pues, concluir, que cada animal de los que forman el rebaño está sujeto á una posesión especial.—



que formaban el todo, cuando se tomó la posesión, y no las otras que estaban separadas, ó que formaban un todo con otras de la misma clase.

5º *Cuando la cosa forma un solo cuerpo, no se puede poseer una parte de él, sin poseer todo el cuerpo (art. 2405);* pues aquella forma parte integrante del cuerpo y lo constituye, por decirlo así; sería necesario separarla y que no formara parte de él.

6º *Si la posesión hubiese de tomarse de cosas que forman una masa de bienes, no basta tomar posesión de una ó alguna de ellas separadamente: es indispensable tomar la posesión de cada una de ellas, aunque la tradición se hubiese hecho conjuntamente (art. 2406).*

Comp. TROPLONG, nº 275. MOLITOR, nº 37, y FREITAS, art. 3837.— Véanse arts. 2406 y 2764.

(**Art. 2405.**) La adquisición de la posesión se puede concebir de dos modos: ó poseer la parte aislada é independiente, ó tomarla como parte integrante de un todo. El primer caso, se aplicará á la parte que pueda formar un todo independiente, ó cuando la subdivisión no sea real sino abstracta, como la tercera ó cuarta parte de una cosa, en que el todo es considerado como una unidad y la parte como una fracción de esa unidad. En el segundo caso, no es posible adquirir sólo una parte de un todo; así no se puede poseer la rueda de un carruaje mientras esté formando un todo con éste, como no se puede poseer una casa sin el terreno á que está unida; esta es la posesión de que habla el artículo. Si el carruaje ha sido robado, aunque la rueda no lo haya sido, no se la podrá adquirir porque es el carruaje que se posee y no la rueda: por el contrario, si la rueda fué robada y el carruaje comprado, se la podrá prescribir. Este artículo parece formar uno solo con el art. 2408, pero no es así, porque este se refiere á la posesión, considerarla en su extensión. — Comp. SAVIGNY, § 22. — Véanse arts. 2401 á 2403, 2404, 2518 á 2522, 2608 y 3992.

(**Art. 2406.**) El artículo se refiere á las cosas que no forman un todo ideal, y si en este último caso era necesario poseer cada una de sus par-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield, al art. 2404.—Troplong, id., nº 275. Si en un rebaño hay animales ajenos, el dueño de él no los posee.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2405.—Savigny, *Poseción*, § 22. Una casa no puede ser poseída sin el terreno sobre que reposa, porque es inseparable del suelo. De una estatua, uno no puede poseer la cabeza y otro los brazos.

7° *Todas las cosas que están en el comercio son susceptibles de posesión. Los bienes que no fueren cosas, no son susceptibles de posesión (art. 2400)*; porque no pueden tomarse materialmente.

tes, con mayor razón lo será tratándose de una masa de bienes. Freitas, art. 2837, dice con más claridad: «para tomar posesión de dos ó más cosas, de una colección, de una masa de bienes, ó de un patrimonio, no bastará tomar posesión de una ó de alguna de ellas separadamente, etc.», y en todo lo demás como nuestro artículo. No se trata, pues, de una universalidad de bienes, como algunos creen, en cuya posesión se entra aun sin tomarla materialmente, como en los casos de herencia donde los descendientes legítimos adquieren la posesión por el hecho de la muerte del ascendiente, aunque ignorasen la apertura de ésta, art. 3410, ó cuando el juez les da la posesión, en que ésta se adquiere sin aprehensión material. El artículo habla de la tradición que las partes se hacen entre sí, como si vendo un caballo y un carruaje en que es necesario tomar la posesión de ambas cosas. Nuestro artículo se refiere á una *universitas facti*, cuando habla de masa de bienes. — Comp. WOODON, n° 201. SAVIGNY, § 22, l. 2, § 6, tít. 4, lib. 41, Dig.

(Art. 2400.) La posesión como acto material sólo comprende las cosas corporales susceptibles de un acto de aprehensión; porque el *animus domini* sólo se concibe cuando se aplica al conjunto de todos los derechos reales reunidos, que forman la propiedad; pero hay derechos que son desmembraciones de ésta, que pueden ser objeto de actos de violencia y á los que es necesario proteger por medio de interdictos, como, por ejemplo, los de usufructo, uso y demás servidumbres; es con respecto de ellos que se ha creado la *cuasi-posesión*, aunque la expresión es impropia, porque en la verdadera posesión es la cosa la que se posee y no el derecho de propiedad.

Es necesario tener presente que el *juris cuasi-possessio* no se refiere á cualquier derecho, sino especialmente á aquellos cuyo ejercicio pueden ser objeto de una violencia ó turbación, y que necesitan de la protección de la ley para su ejercicio, por medio de los interdictos, ó que son sus-

Fallos de la S. C. N. — Aplicación del art. 2406. — La posesión fundada en un título abraza toda la extensión de éste, aunque la ocupación efectiva se haga sobre una parte. — LIII, 311.

Existiendo una posesión, no es posible que otro la adquiera sobre la misma cosa, sino aparentemente. — LIII, 311.

La adquisición aparente de la posesión no autoriza el ejercicio de las acciones posesorias. — LIII, 311.



5º *Para tomar la posesión de parte de una cosa indivisible, es necesario que esa parte haya sido idealmente determinada (art. 2407),* pues no sería posible tomar posesión de una parte, sin expresar cuál sea.

ceptibles de adquisición por la usucapión. Pero no basta que las cosas sean materiales para que puedan adquirirse por la tradición, es necesario que estén en el comercio y puedan ser objeto de contrato; porque la tradición que da origen á la posesión no se confunde con esta, que es su objeto, y que puede adquirirse sin la tradición. Son, pues, susceptibles de tradición, todas las cosas con valor por sí ó representativas, que no estén fuera del comercio, y de que se puede tomar posesión, pero no las que están fuera del comercio por su inalienabilidad absoluta; sin embargo, pueden prescribirse las que sólo son relativamente inalienables. —POTHIER, *Posesión*, n° 16, dice: «que la *cuasi posesión* es susceptible de las mismas calidades y vicios de la verdadera posesión». —Comp. WOODOX, n° 458, y FREITAS, art. 3833. — Véanse arts. 2312, 2336, 2337, 2351, 2373, 2762 y 3961.

(Art. 2407.) Porque es necesario que haya una parte cierta; no se puede poseer una parte incierta. El *animus* y la posesión deben, pues, referirse á porciones reales ó ideales determinadas de una cosa para poder poseerla. Muchos pueden poseer una cosa por partes proporcionales, y la posesión será entonces común, y aunque la cosa parezca poseída por todos, en realidad lo es sólo por cada uno de ellos, en su parte material ó intelectual, aunque no estén separadas; de donde se deduce que muchas personas no pueden poseer *in solidum* una cosa, ni tener la propiedad *in solidum*, y esta regla es fundamental. —Comp. MOLITOR, n° 25, l. 32, § 2, tit. 3, lib. 41, Dig.—Véanse arts. 2326, 2401, 2402 y 2410.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2400.—Hemos dicho ya que sólo las cosas corporales son susceptibles de una posesión verdadera y propiamente dicha: las cosas incorpóreas, aquellas *que in jure consistunt*, no son susceptibles de la verdadera posesión, mas lo son de una cuasi-posesión. Esta cuasi-posesión de un derecho, consiste en el goce que tiene aquel á quien pertenece, y es susceptible de las mismas cualidades y de los mismos vicios que la verdadera posesión.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2407.—El artículo es la confirmación de la regla que dos posesiones iguales y de la misma naturaleza, no pueden concurrir sobre el mismo objeto. Muchas personas pueden poseer una misma cosa *pro indiviso*; su posesión es entonces común (*composessio*). En este caso, sólo aparentemente la misma cosa se presenta poseída por varios. Pero en realidad cada uno no posee sino su parte y no la parte de los otros. Poco in-



9º Cuando la cosa es indivisible, la posesión de una parte importa la posesión del todo (art. 2408), pues la cosa no es susceptible de poseerla sino en esa forma; quien posee la casa posee también el terreno sobre que está edificada, de donde resulta, que dos ó más personas pueden tomar en común la posesión de una cosa indivisible, y cada una de ellas adquiere la posesión de toda la cosa. (art. 2409).

(Art. 2408.) Este artículo se refiere á la extensión de la posesión para aplicarla á la prescripción. Cuando siendo dueño de la cuarta parte de una cosa indivisible, si tengo la cosa en mi poder, la poseo en su totalidad y la prescripción cumplida por mí aprovechará á todos los condominios, pero si la cosa es divisible y no poseo sino mi parte, no podrá afirmarse que poseo el todo. Lo mismo debe decirse cuando la cuasi posesión se refiera á una desmembración del derecho de propiedad. Savigny dice, uno no puede poseer la cabeza de una estatua y el otro los brazos, por que las partes están sólo idealmente determinadas: no hay posibilidad de determinarla materialmente, ni aun se puede concebir que estén materialmente determinadas; porque la indeterminación material sólo se aplica á cosas que admiten división, ó que pueden llegar á dividirse, no así á los que forman un todo indivisible, como un caballo ó un carruaje. Como hay verdadera imposibilidad de poseer una parte intelectualmente determinada de una cosa indivisible, se reputa que posee el todo, pero no con relación al condómino, contra el cual no puede prescribir, mientras dure la indivisión (art. 4019, n° 3), sino contra los terceros. Freitas, art. 3840, dice con más propiedad: «quien adquiere la posesión de una cosa indivisible, adquiere la posesión de toda ella, y no de cada una de sus partes», pues no hay exactitud en decir, que se toma posesión de parte de una cosa indivisible. Lo que se ha querido expresar, es que cualquiera que sea la parte que tenga el poseedor, su posesión es por el todo respecto á los terceros y no por la parte que tenga en la cosa. — Véase TROPLONG, n° 272.

(Art. 2409.) Habría sido mejor unir el presente artículo al anterior, como lo trae Freitas, art. 3840, porque es una consecuencia de él.

porta que las partes sean sólo intelectualmente separadas, pues no por eso dejan de ser partes, y estas partes intelectuales son las que cada uno posee. — Véase Molitor. *De la posesión*, n° 25.

Nota del Dr. Féliz-Sarsfield al art. 2408. — Troplong, sobre el art. 2228, n° 272. — La Ley Romana dice: *sic, qui per partem itineris it, totum jus usurpare videtur*.



10. *Para tomar la posesión de una parte de una cosa divisible, es indispensable que esa parte haya sido material ó intelectualmente determinada. No se puede poseer la parte incierta de una cosa (art. 2410).* ¿Cómo se podría tomar posesión de una parte sin indicar cuál es la que se posee?

En efecto, si el poseedor que tiene una parte intelectualmente determinada en una cosa indivisible posee la cosa por el todo, los que tienen las otras partes la poseerán también; pero sólo con relación á los terceros, pues respecto á los condóminos cada uno poseerá por su parte; por eso dice, Freitas: «lo que no impide co-posesión, esto es que dos ó más personas tomen posesión en común de la cosa indivisible». La posesión por el todo de cada uno de los condóminos, no importa poseer la cosa *in solidum*, porque siendo una la posesión de la cosa indivisible, como una la propiedad, no pueda pertenecer en su totalidad sino á uno solo, pues no hay dos posesiones *in solidum*. La posesión de cada uno de los condóminos se limita mutuamente, y como cada uno de ellos no tiene el *animus* de poseer sino su parte intelectualmente determinada, sólo esa parte poseerá con relación á los otros condóminos; pero como no es posible determinar materialmente la parte de cada uno, los terceros no podrán alegar que sólo ha prescripto ó adquirido los derechos que á él corresponden, porque para ellos posee la totalidad. Así, cuando la posesión es transmitida á varias personas, si una de ellas la toma, la poseerá por el todo para los terceros, y pro-indiviso con relación á sus condóminos; pero si entre varios han tomado violentamente la posesión de la cosa, será poseedor por el todo el que la tuviera, porque no hay vínculo de derecho entre los que cometen un acto ilícito sino con respecto á las responsabilidades. — Véanse arts. 2405, 2407, 2408 y 3416.

(Art. 2410.) Es una consecuencia del art. 2407, pues para poseer parte de una cosa indivisible, es necesario que se encuentre intelectualmente determinada; no se puede poseer una parte incierta. Las cosas pueden dividirse de dos modos: ó materialmente, cuando se separa cada parte y forma un todo completo; ó intelectualmente, cuando la cosa se toma como unidad y las partes como denominador; entonces se dice que la parte está intelectualmente determinada. En las cosas indivisibles no se puede tener sino partes intelectuales determinadas. La expresión de, materialmente indeterminada carece de exactitud, porque la determinación ó indeterminación es sólo con relación á la parte que se tenga en la cosa, no á la división material de ella. Así, puedo poseer la mitad de una estatua ó de un caballo y esa parte jamás se podrá determinar material-



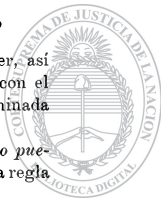
11. *La posesión fundada sobre un título, comprende sólo la extensión del título sin perjuicio de las agregaciones que por otras causas hubiese hecho el poseedor (art. 2411), teniendo presente*

mente, y sin embargo la determinación ideal existe. Cuando el propietario ha vendido á otro la mitad de su casa, no es necesario que esté haya tomado posesión de esa mitad intelectualmente determinada; el comprador ha adquirido la posesión por el tercero, es el *constituto posesorio*. Cuando se dice no se puede poseer la parte incierta de una cosa, no se habla de la falta de conocimiento que el adquirente tenga de la parte que le corresponde, sino de la imposibilidad de determinarla materialmente; así, cuando el heredero ignora la parte que le corresponde en la herencia, porque no sabe cuántos son los herederos, no posee una parte incierta sino con relación á su falta de conocimiento: la parte es cierta desde que los herederos existen; pero cuando se me ha vendido *una parte* en la cosa sin determinarla, no puedo poseerla, porque en realidad no hay cosa vendida. La ley romana dice: «no se puede hacer tradición, ni usucapir la parte incierta de una casa».—Véase l. 3, § 2, y l. 26, tit. 2, lib. 41, Dig. TROPONG, n° 250. FREITAS, art. 3838. WOODON, n° 202.

(Art. 2411.) Cuando se posee en virtud de un título, la extensión y alcance de la posesión se debe reglar por el título mismo, pues hay razón de suponer que no ha querido poseer más ni menos de lo que el título le da. El que produce el título para apoyar su posesión, debe atenerse á él; sin embargo, esta regla puede fallar, pues podría suponerse que ha querido poseer lo que su título le da y todo aquello que se ha unido á la cosa.

La regla del artículo tiene mucha importancia entre nosotros que poseemos grandes extensiones de terrenos, que á cada momento medimos judicialmente. La mensura aprobada, no da más propiedad que la que por el título le corresponde; es una operación de división ó deslinde, y otra puede rectificarla restableciendo la extensión verdadera; pero si la posesión ha llegado á los 30 años, habrá adquirido la propiedad de lo que poseía de más. La mensura da derechos, pues el poseedor hace suyos los frutos y puede ser amparado en la posesión y prescribir; pero no da más propiedad. Cuando el título contiene varios derechos conexos (en la *cuasi-posesión*) aunque se haya poseído uno solo de estos, porque no hubiera tenido lugar de ejercitar los otros, la posesión de uno conserva los de-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2410. — L. 26, Dig., De adq. poss.—Tropong, sobre el art. 2228, n° 250.



el tiempo en que por los nuevos títulos comenzó á poseer, así como la extensión que ellos les daban; pero si poseyendo con el título hubiese cercado, ó zanjado mayor área de la determinada en él, la posesión comprenderá lo que realmente tiene.

12. *Dos posesiones iguales y de la misma naturaleza, no pueden concurrir sobre la misma cosa* (**art. 2401**), sin que esta regla

más, y aunque la materia se refiere á la conservación de la posesión, como esta se une tan íntimamente, ha podido tratarse aquí. Las *agregaciones* que por otras causas hubiere hecho el poseedor, comprende las sucesivas adquisiciones, sea por accesión ó por cualquier otro medio. La posesión que excede al título que sirve para justificarla, sólo aprovecha para la prescripción sin título, y por consiguiente no habrá de tomarse en cuenta la buena ó mala fe. El error de los colindantes al aceptar la mensura y mojones, no les perjudicará, pues podrán hacerlos rectificar hasta los 30 años.—Comp. TROPLONG, n° 277 y 340.

(**Art. 2401.**) Si tomamos la materialidad de los hechos, tales como ocurren en la vida ordinaria, el principio de que dos posesiones iguales no pueden concurrir sobre la misma cosa, viene á ser un axioma; porque si una persona posee para sí una cosa en su totalidad, otro no la puede poseer en las mismas condiciones, sin que antes la haya dejado ó se la haya quitado el nuevo poseedor, porque una posesión excluye la otra; pero cuando no se trata de la detención material permanente, sino de aquellos actos que importan una posesión y que pueden ejercerse alternativamente, ¿cómo se juzga esa posesión? Cuando los linderos ejercen sucesivamente actos de dominio por estar confusos los límites, ¿cuál es el verdadero poseedor? Para resolver la cuestión de preferencia, es necesario considerar cuál es la más perfecta, la más completa y más característica del derecho de propiedad, dice Troplong, pesando el carácter de las dos posesiones, así como los hechos que hayan sido más públicos, más enérgicos; el Código, siguiendo á Troplong, habla de posesiones *iguales y de la misma naturaleza*, y lo hace para distinguir la posesión del

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2411. — Troplong, sobre el art. 2228, n° 277, agrega: «puesto que el título es la regla ordinaria de la posesión, se debe concluir que si el mismo acto contiene muchos derechos conexos y eventuales, y se ha poseído uno solo porque los otros no estaban presentes, el goce del uno habrá conservado el goce de todos los otros».

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2411.— Véase el fallo del art. 2405. — Jur. Civ., IX, 325. Sér. 2°.

excluya la posesión de los condóminos ó de los co-herederos, que tienen la posesión de la misma cosa sin excluirse.

§ 666.—DE LA CAPACIDAD PARA HACER LA TRADICIÓN

La tradición como contrato, necesita de la capacidad del que

usufructuario con la del propietario; estas dos posesiones no se excluyen: pero una posesión violenta y otra con título y pacífica sobre la totalidad de la cosa se excluirían, porque uno de los dos sería el único poseedor. La ley romana dice: «no es posible que la posesión pertenezca á dos personas (excluyéndose la una á la otra) como no es posible ver á dos personas de pié y sentadas precisamente en el mismo lugar», l. 3, § 5, tit. 2, lib. 41. Dig.—Comp. MAYNZ, § 167, nota 2, y § 176, nota 25. MOLITOR, n° 25.—Véanse arts. 2373, 2407, 2409, 2471 y 2508.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art 2401.—La Ley Romana dice: *plures eandem rem in solidum possidere non possunt*. L. 3, § 5, Dig. *De adq. poss.*—Una cosa, dice Molitor, puede ser para muchas personas un objeto de posesión, en el sentido que la una sea *corporis*, y la otra *juris*. El usufructuario no hace sino tener la cosa á nombre del propietario, él no tiene una *juris possessio*. El usufructo es considerado como una parte intelectual, como un elemento separado de la propiedad. En este caso, sólo aparentemente la misma cosa se presenta poseída por muchos: por una parte el *corpus* y por la otra el *jus*.

El principio que establece el artículo no se opone á la regla, dice Troplong, que muchas personas pueden poseer en común la cosa indivisible que les pertenece, pues que ellas no las poseen separadamente, sino que forman una persona colectiva que obra en un solo interés. La regla que dos posesiones se excluyen, no es aplicable sino cuando se trata de posesiones del mismo género, emanadas de causas opuestas, y obrando cada una en un interés separado. Sobre el art. 2228, n° 254.

Fallos de la S. C. N.—Aplicacion del art. 2401.—Existiendo una posesión, no es posible que otro la adquiera sobre la misma cosa, sino aparentemente.—LIII, 123.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2401.—La posesión en fracciones de un mismo origen, adquiridas en igual fecha, da derecho al primer poseedor á ocupar la extensión exacta de su título con perjuicio de los demás compradores, sino hubiesen entablado la acción que corresponde.—Jur. Civ., I, 257, Sér. 1ª.

El interdicto de retener la posesión, procede aun contra un auto judicial siempre que aquel se haya dictado sin audiencia del poseedor.—Jur. Civ., II, 332, Sér. 3ª.

No pudiendo coexistir en derecho de dos posesiones, la judicial prima sobre la simple tenencia, que aun cuando continúe se convierte en posesión á nombre de otro.—Jur. Civ., I, 52, Sér. 3ª.





la hace y del que la recibe. Y es un contrato, porque tiene todos los elementos propios de éstos; la cosa y el consentimiento libre que forma el vínculo. No importa que sea el cumplimiento de un contrato anterior, porque eso en nada altera la naturaleza propia del acto: por esa razón *la incapacidad de las personas entre quienes debe hacerse la translación de la posesión, induce la nulidad de la tradición, hecha ó aceptada por sus mandatarios incapaces* (capaces) (**art. 2399**, 1ª parte), porque el mandatario es un órgano del mandante, que lleva su voluntad, su capacidad ó incapacidad, de donde resulta, que si éste es incapaz no podrá autorizar un acto que él mismo no habría sido capaz de realizar.

La persona del mandatario, ni su capacidad, ni su buena ó mala fe influyen sobre la validez del acto que realizare en nombre de su mandante; así es que, *la incapacidad de los mandatarios, no induce la nulidad de la tradición que hicieron ó aceptaren, si fuesen capaces de tener voluntad, cuando sus representados tengan capacidad para hacerla ó aceptarla, observándose lo dispuesto en el Capítulo II del Título del Mandato* (**art. 2399**, 2ª parte); basta

(**Art. 2399.**) La tradición es un contrato, y como tal necesita de capacidad en el que la hace y en el que la recibe; de donde se deduce, que cuando el mandante es incapaz, no puede adquirir la posesión aunque sea aceptada por su mandatario capaz, y con mayor razón si no lo es. El artículo se refiere á la adquisición de la posesión por intermedio de otro, como mandatario, y aunque los tutores, curadores ó representantes necesarios, pueden considerarse en general como mandatarios, no lo son en el sentido del artículo que sólo comprende el mandato voluntario de que viene hablando el Código, desde el art. 2394; por eso opino, como el Dr. Segovia, que en vez de la expresión mandatarios *incapaces* debe ser *capaces*; porque si comprendiese á los representantes necesarios, como lo suponen algunos, no podría aplicarles el término de incapaces, pues no son tales en sentido alguno. El artículo debe entenderse así: «las personas entre quienes se hace la tradición deben ser capaces, porque si no lo son, aunque sus representantes lo fueran, no habría adquisición de posesión, pues, el representante capaz no deja de representar á un incapaz, ni cambia la incapacidad de éste». Así, cuando el incapaz A, da poder al capaz B, para que entregue la posesión á C, éste no la adquiere, porque A no ha podido hacerle tradición; del mismo modo, si A, incapaz, entrega á B, capaz, representante del incapaz C, no ha podido



pues que el mandatario sea capaz de tener voluntad y de manifestarla, para que su incapacidad no pueda dañar el acto que eje-

adquirir la posesión por la misma causa. Si A, fuera capaz y entregase la posesión á B, representante necesario de C, incapaz, éste la habría adquirido por el art. 2392, pero no sería el caso del mandatario *incapa*: de que habla el artículo, porque los tutores ó curadores son capaces, y es por eso que se les mantiene en su cargo. Así, cuando se pregunta: ¿Cómo puede ser nula la tradición hecha ó aceptada por un representante capaz á nombre de su representado incapaz?, no se coloca en el caso del artículo que anula la tradición hecha ó aceptada por mandatarios *incapaces*, siendo incapaces los mandantes. Basta fijarse en el original, de donde fué tomado, pues es de Freitas, art. 3756, quien dice: «la incapacidad de las partes en los términos de los arts. 3747 y 3748, induce la nulidad de la tradición hecha ó aceptada por sus mandatarios, aunque éstos tengan poderes»; para comprender que se habla de los mandatarios capaces; la prueba de que el artículo se refiere á estos, es que en seguida habla de los mandatarios incapaces, que adquieren la posesión para sus mandantes capaces, sólo con la condición de que puedan tener voluntad. Armonizando esta conclusión con el art. 1897, debemos decir: el incapaz necesita tener voluntad. Un vendedor capaz puede autorizar á un menor de doce años para que entregue la cosa vendida, y la posesión se adquiriría por el comprador capaz de recibirla, y del mismo modo, éste puede autorizar á su vez á un incapaz para que la reciba y adquiriría la posesión; pero no así cuando no tuvieran voluntad.

El artículo habla de la posesión con título que da acción para prescribir por diez y veinte años, porque la de mala fe (no la viciosa) sirve para la prescripción trentenaria, aunque fueran incapaces.

El art. 3392 nos dice, cuales son las personas que no pueden adquirir la posesión por sí, y se deduce lógicamente que esas personas no son capaces de la tradición desde que no pueden aceptarla. Todos estos artículos hablan de la adquisición de la posesión, y si algunas veces se adquiere también la propiedad, debemos atenernos sólo á la posesión.

La adquisición de la posesión por intermedio de terceros comprende á las personas capaces y forma una excepción á la regla, de que para adquirir la posesión, se requiere capacidad en el representado; y se comprenden en esta excepción los casos de los tutores, curadores ó síndicos que toman posesión por sus representados incapaces que no pueden manifestar su voluntad. Troplong, n° 260, sostiene que el demente puede

cuta en representación de la persona capaz; así, el demente y el sordo-mudo que no saben darse á entender por escrito, no podrían adquirir la posesión para una persona capaz.

tomar posesión á nombre de su representado capaz, cuando se trata de recibir la cosa vendida; nuestro artículo decide con razón lo contrario, siguiendo á las leyes romanas y á Pothier.—Comp. FREITAS, l. c. MOLITOR, n^{os} 43 y l. 1, § 10, tit. 2, lib. 41, Dig.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2399. — Troplong, sobre el art. 2228, n^{os} 259 y sigs.—La Ley Romana dice: *Di furiosum servum miseris ut possideas, nequaquam videris adprehendisse possessionem.*—L. 1, § 10, Dig. *De adq. poss.*



CAPÍTULO II

EFFECTOS DE LA POSESIÓN DE COSAS MUEBLES

§ 667.—LA POSESIÓN VALE POR TÍTULO

Si consideramos la naturaleza de los actos que el individuo ejecuta en la vida comercial ó civil, tomando las cosas en sí mismas, independiente del documento que acredita su posesión ó propiedad, veremos que la detención de la cosa para ejercitar sobre ella derechos de propiedad, debía ser el único y verdadero título primitivo. ¿Por qué en la posesión se atiende al hecho mismo para protegerla? ¿Por qué no se le exige título y se le mantiene en en ella, mientras el reclamante no pruebe que el detentador ha comenzado á poseer por aquel? La aspiración de la legislación moderna debe ser, la de consagrar como un verdadero título la posesión, dejando la prueba al reclamante.

La movilidad de las cosas muebles, destinadas por su uso á pasar de mano en mano, para servir á las necesidades de la vida civil ó comercial, ha llevado al legislador á considerar la posesión como un verdadero título, sin perjuicio de que se demuestre lo contrario. ¿Por qué no se seguiría el mismo sistema para los inmuebles, exceptuando las reclamaciones de la tierra hecha por los poderes públicos? ¿Por qué la posesión de los inmuebles no haría suponer la propiedad como en los muebles?

La civilización tiende á abandonar el antiguo sistema, facilitando la movilidad y las transacciones de inmuebles; pero nosotros nos resistimos á estas innovaciones, que al fin se impondrán, por las ventajas que ellas proporcionan. Hemos rodeado la transmisión de la propiedad raíz de tales trabas, que cada enaje-





nación es un verdadero juicio que se hace á la propiedad, así se pide: 1º, la escritura pública; 2º, el certificado sobre inhibición; 3º, el de hipoteca; 4º, el del registro de la propiedad; 5º, el de la contribución directa; 6º, el de las Obras de Salubridad; 7º, el de la municipalidad sobre pavimentación; teniendo en cuenta que estas oficinas hacen las cosas con demasiado descanso, tenemos un largo tiempo perdido y mucho dinero gastado, para salvaguardar al adquirente, como si fuera menor de edad, y no pudiera él mismo prescindir de tan costosas formalidades.

Pero volviendo á las cosas muebles: ¿Cuál es el título más visible de la propiedad de una cosa mueble? Indudablemente que la posesión; si uno la tiene en su poder, se debe presumir que ha adquirido su propiedad legalmente, sin perjuicio de probarse lo contrario; así cuando se dice, que *la posesión de buena fe de una cosa mueble, crea á favor del poseedor la presunción de tener la propiedad de ella y el poder de repeler cualquiera acción de reivindicación, si la cosa no hubiese sido robada ó perdida (art. 2412)*, se sienta un principio que se funda en la naturaleza de los

(**Art. 2412.**) Seis sistemas se han propuesto para explicar el alcance del art. 2279, Cód. Francés, de que en las cosas muebles la posesión vale por título: 1º, que el poseedor de una cosa mueble no adquiere su propiedad inmediatamente, que la ley sólo lo presume propietario hasta la prueba en contra, este sistema es sostenido por Toullier; 2º, aquel que considera la posesión de los muebles como constituyendo por sí misma un medio directo y principal de adquirir la propiedad, comparable á la ocupación, apoyado por Delvincourt; 3º, aquel en que el poseedor del mueble viene á ser inmediatamente propietario por el efecto de una prescripción instantánea, sostenido por Marcadé, Demolombe y Acollas; 4º, los que consideran que el artículo establece, no una prescripción adquisitiva, sino una liberatoria; 5º, los que consideran que el artículo consagra una presunción legal *juris et de jure*, en cuya virtud se niega toda acción al propietario contra el poseedor de la cosa; pero que desaparece ante aquel que puede invocar un derecho de acreedor, ó más bien dicho, que no protege al poseedor que está obligado á restituirla, sistema sostenido por Folleville; 6º, el que establece una simple presunción que puede ser destruida por una prueba testimonial ó por presunciones contrarias.

¿Cuál es el sistema adoptado por nuestro Código? El artículo consa-



hechos realizados; pero se hará una excepción tratándose de los instrumentos públicos ó privados, donde constare la adquisición de derechos personales, que á pesar de considerarse muebles, la posesión de ellos no establece presunción en favor del

gra una presunción legal en favor del poseedor, que no admite prueba en contra, presunción que no puede alegarse en caso de robo ó pérdida de la cosa, ó cuando pertenece á la nación ó á las provincias, y se concede á estas una acción *real* para reivindicarlas de cualquier poseedor, sea del adquirente originario, ó de los terceros que las posean, y acuerda una acción *personal*, ó más bien dicho, no puede invocar la presunción, el poseedor originario que estaba obligado por contrato ó un acto ilícito á restituirla, así como el tercero que la recibió de mala fe. Es una acción real en el primer caso, porque va escrita en la cosa misma, y puede ser reclamada de cualquier poseedor independiente de su buena ó mala fe; y es una acción *personal* en el segundo, porque la cosa debe restituirse y sólo se ejerce contra el adquirente originario que no puede invocar una posesión que tiene para otro, y si se extiende al tercero de mala fe es en virtud del art. 1109, porque á sabiendas causa un daño á otro, creando en virtud del acto ilícito una relación personal de que es responsable; la acción es personal porque se detiene ante el adquirente de buena fe.

El artículo no habla sólo de los terceros adquirentes, comprende también al originario, porque ambos adquieren la cosa por la sola posesión; ambos tienen la presunción en su favor; ambos se encuentran sometidos á la reivindicación, cuando la cosa es robada ó perdida; ambos responden personalmente cuando la cosa debió restituirse y el tercero la adquirió conociendo esa obligación.

Me inclino á creer que nuestro artículo combina el sistema de Delvincourt con el de Folleville, porque constituye un medio directo de adquisición como aquél, y establece como éste una presunción *juris et de jure*, con excepción de los casos de robo, pérdida, ó cuando la cosa pertenece al Estado, ó está obligado á restituirla. Se entiende por robo sólo la sustracción fraudulenta y no el abuso de confianza, ni la estafa ó engaño, art. 2766. La cosa perdida que se tomare sin los procedimientos de los arts. 2531 á 2539 se reputa hurtada.

La posesión de los muebles es el único título, porque es muchas veces imposible demostrar la identidad y seguirlos en su circulación en el comercio ó en la vida ordinaria. No se hace distinción de la acción posesoria que nace de la posesión y la proveniente de la propiedad, porque la posesión se confunde con esta. En realidad se podría decir, que



poseedor, cuando están otorgados á nombre de otro y no del que los tiene.

no hay una *presunción* de la propiedad, sino que es la prueba de la propiedad misma, salvo las excepciones determinadas.

El poseedor de una cosa mueble no prueba la causa de su posesión, él es dueño con el título visible de la posesión, y sólo puede serle reclamada en los casos indicados. ¿Cuándo debe tenerse la buena fe? Es en el momento de la posesión de la cosa, es cuando la adquiere, sin que le perjudique el conocimiento posterior. Se exceptúa cuando el heredero hubiera dispuesto de buena fe de la cosa, en que deberá el precio recibido. Las cosas perdidas á que se refiere el artículo son tanto las extraviadas por una negligencia culpable del que las tiene, ó las perdidas por un acontecimiento cualquiera, como una inundación ó un incendio, así como las extraviadas por una falsa dirección, salvo lo dispuesto en los arts. 2531 y siguiente. El reivindicante deberá probar que la cosa estaba en su poder en el momento del robo ó de la pérdida. Los objetos perdidos ó robados empeñados en el monte de piedad, pueden ser reivindicados por sus dueños, pero con la obligación de pagar al establecimiento lo prestado por ellos.

Nuestro Código no ha señalado un término para la prescripción de las cosas perdidas; porque si el que las hallare no siguiera el procedimiento de los arts. 2531 y siguiente, se consideraría como hurtada; pero en los casos del art. 2765, no habría razón para substraerlas á la prescripción, y por analogía se debe aplicarles las disposiciones que rigen para los inmuebles ó para las obligaciones personales, teniendo presente que la posesión es el título de estas cosas.

La acción para reclamar el precio de las cosas perdidas después de vendidas en subasta se extingue á los 10 años entre presentes y 20 entre ausentes. En cuanto á la cosa robada creo que sólo debe prescribirse por 30 años á semejanza de la prenda. Véase lo dicho en el art. 2564. En cuanto á los manuscritos considerados como cosas muebles, la regla debe aplicarse en toda su extensión, pues la posesión vale por título, y resultando que el poseedor es propietario, tiene el derecho de publicarlos ó de hacer lo que quisiera con ellos. Cuando el reivindicante hubiera probado que la cosa ha sido robada, de nada le servirá al poseedor el demostrar su buena fe, á no ser para recobrar el precio con arreglo al art. 2768.

En la *Instituta*, n° 311, habíamos dicho: «el principio general de que la posesión vale por título tiene sus excepciones: 1º, se aplica á los muebles corporales; en cuanto á las incorpóreas sólo cuando constan de

Como el poseedor de buena fe de la cosa mueble se reputa dueño, mientras no se le pruebe que ha sido robada ó perdida, y

títulos al portador; 2º, cuando se trata de buques que son considerados como muebles»; 3º, cuando se trata de muebles de la nación ó de las provincias, art. 2415; 4º, en los casos de restitución en que el tercero era de mala fe; 5º, en las cosas muebles sujetas al privilegio del locador, art. 3885, durante dos meses.—Comp. AUBRY y RAU, § 183. VAZEILLE, *Prescripción*, n.º 670. MARCADÉ, á los art. 2279 y 2280. DEMOLOMBE, XXIV, n.º 486. CHARDON, *Dolo y Fraude*, I, n.º 43, y DELVINCOURT, II, 645.— Véanse arts. 549, 550, 592, 595, 597, 1019, 1055, 1815, 1817, 2414, 2415, 2422, 2765, 2766, 2771, 2777, 2778, 3213, 3270 y 3271.

Nota del Dr. Velaz-Sarsfield al art. 2412.—Aubry y Rau, extensamente en el § 183. La necesidad de la buena fe para que la posesión valga como título es sostenida por Troplong, *Prescript.*, tomo 2, n.º 1061. — Por Marcadé, sobre los artículos 2279 y 2280.—Por Duranton, tomo 4, n.º 433; pero Aubry y Rau enseñan en el § 183, nota 26, que aun respecto al poseedor de mala fe, la posesión de las cosas muebles vale por el título.

Fallos de la S. C. N. — Aplicación del art. 2412.—El que posee de buena fe bienes semovientes, no puede ser demandado por acción de reivindicación, no siendo aquellos perdidos ó robados; ni puede intentar esa acción el que está obligado á entregarlos en virtud de un acto ilícito. — XXVIII, 132.

La posesión de una cosa mueble, que no se pruebe ser de mala fe, establece á favor del poseedor la presunción de ser propietario de la misma.—XXIX, 5.

La compra y posesión de un negocio de café, los pagos á los dependientes, y las compras hechas en nombre de la compradora, para explotarlo, así como la patente sacada en su nombre, prueban el dominio sobre dicho negocio. — XXXV, 291.

En los bienes muebles la posesión supone dominio. — IV, 50.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2412.—La posesión de los bienes muebles hace presumir el dominio, salvo prueba en contrario. — Jur. Civ., IV, 69, Sér. 1ª.

Sólo puede justificarse la mala fe, probando que al poseedor de una cosa mueble le fué robada y que el actual tenedor conocía el hecho. — Jur. Civ., V, 512, Sér. 1ª.

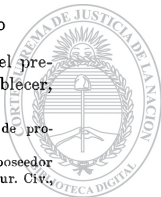
Los muebles de una casa de familia, se presumen del jefe de ésta mientras no se demuestre plena y fehacientemente lo contrario. — Jur. Civ., III, 216, Sér. 4ª.

La posesión de los muebles hace presumir la propiedad. — Jur. Civ., III, 240, Sér. 1ª.

La posesión de los muebles equivale al título y justifica la propiedad. — Jur. Civ., IV, 5, Sér. 1ª.

La posesión de muebles, hace presumir la propiedad, mientras no se pruebe lo contrario por instrumento público ó privado de fecha anterior.—Jur. Civ., III, 240.





aun en esos casos no se la puede reivindicar sino pagando el precio; como una consecuencia de esos principios, se debe establecer,

La posesión de buena fe crea á favor del poseedor la presunción de propiedad. — Jur. Civ., I, 189, 328, Sér. 1^a.

La posesión de buena fe de un billete de lotería, crea á favor del poseedor la presunción de propiedad, si no hubiese sido robado ó perdido. — Jur. Civ., V, 512, Sér. 1^a.

Conseguida la prueba de la simulación de un instrumento público que confiera propiedad sobre bienes muebles, á aquel en cuya virtud hubiese sido arrebatada, puede reivindicarla probando la posesión en que estaba antes de la fecha del contrato simulado. — Jur. Com., III, 44, Sér. 1^a.

Si bien en la posesión de bienes muebles esta vale como título, esta regla no puede aplicarse á los objetos robados ó perdidos cuya posesión debe justificar el poseedor. — Jur. Com., VI, 89, Sér. 1^a.

Tratándose de mercaderías, la posesión debidamente justificada hace procedente la reivindicación. — Jur. Com., VI, 588, Sér. 1^a.

Los muebles que adornan una casa de familia, se suponen del jefe de ella, y en ningún caso, de los parientes que agregados vivan á sus expensas. — Jur. Com., I, 352, Sér. 2^a.

Tratándose de bienes muebles, la posesión es presunción de propiedad. — Jur. Com., V, 378, Sér. 2^a.

La posesión de bienes muebles es presunción de la propiedad del poseedor. — Jur. Com., IV, 133, Sér. 4^a.

Debe ser rechazada con costas la acción del tercerista que no justifica su dominio á los bienes muebles embargados cuya posesión tenía el deudor. — Jur. Com., IV, 300, Sér. 4^a.

La posesión tratándose de bienes muebles, es una presunción de propiedad que debe ser destruida por el tercerista. — Jur. Com., IX, 357, Sér. 4^a.

La ley presume que los muebles son del locatario principal; al ejecutante corresponde en caso de tercería, la prueba de que pertenecen al que temporalmente tiene en la casa domicilio. — Jur. Com., X, 246, Sér. 4^a.

La oposición del locatario al embargo, hace procedente la tercería, salvo que el ejecutante justifique que los muebles eran de propiedad del sublocatario. — Jur. Com., X, 72, Sér. 4^a.

La posesión de los muebles por el tercerista, es presunción de la propiedad que alega, y al ejecutante corresponde la prueba de que pertenecen al ejecutado. — Jur. Com., VII, 310, Sér. 4^a.

La posesión en poder del tercerista de los semovientes embargados, obliga al ejecutante á justificar que pertenecen al ejecutado. — Jur. Com., VI, 335, Sér. 4^a.

El jefe ó cabeza de familia tiene á su favor la presunción de propiedad y posesión de los muebles existentes en su domicilio; al embargante corresponde justificar que pertenecen al ejecutado. — Jur. Civ., III, 395, Sér. 5^a.

La falta de protesto por parte del tercerista presente al embargo, importa una presunción vehemente de que no tenía la posesión. — Jur. Com., II, 298, Sér. 3^a.

La posesión de muebles importa una presunción de propiedad; al que pretenda destruirla corresponde la prueba. — Jur. Civ., XII, 293, Sér. 1^a.



que *las acciones de resolución, nulidad, ó rescisión á que se halla (halle) sometido el precedente poseedor, no pueden dirigirse contra el poseedor actual de buena fe (art. 2413)*, porque no es dueño verdadero de la cosa.

§ 668. — CUANDO LA PRESUNCIÓN NO PUEDE INVOCARSE

El principio de que en las cosas muebles la posesión vale por título, tiene sus excepciones, que se pueden condensar en las siguientes:

1º Cuando las cosas hubieren sido robadas ó perdidas, en que los dueños pueden ejercitar la acción reivindicatoria.

(**Art. 2413.**) El presente artículo sólo se aplica á los terceros adquirentes de una cosa sujeta á las acciones de nulidad, resolución ó rescisión. Prueba la adquisición instantánea de la propiedad, por la posesión, como lo hemos sostenido, el hecho de que el adquirente sólo está sujeto á la reivindicación en los casos de robo ó pérdida de la cosa. La acción que nace del contrato por el que se transmitió la posición de la cosa mueble es puramente personal al que la recibió, y sólo sufre excepciones, cuando se transmitió por título gratuito ó el tercer adquirente es de mala fe. Si la posesión hace adquirir la propiedad de la cosa mueble ésta pasa libre de toda carga real; así, cuando el acreedor prendario vende la cosa á un adquirente de buena fe, ésta no puede ser reivindicada por el dueño. Es una excepción á este principio la del art. 3885, tratándose de las cosas muebles sujetas al privilegio del locador que hubieren sido sacadas de la casa, que se conservan sujetas al privilegio durante un mes. Aunque la posesión es en general el único título de las cosas muebles, y el poseedor no tiene que dar cuenta de su origen; sin embargo, cuando la cosa transmitida estuviera sujeta á las acciones de nulidad, rescisión ó resolución, deberá responder de su buena fe, y la acción personal que tenía el dueño contra el adquirente originario reflejará contra el tercero si ha tenido mala fe.—Comp. *ATBRY* y *RAU*. § 183, n° 5.—Véanse 592, 597, 968, 1055, 1380, 1400, 1856, 1866, 2130, 2310, 2361, 2364, 2422, 2671, 3272, 3277 y 3885.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2413.—Siendo la posesión una presunción de propiedad tratándose de bienes muebles, la simple oposición del poseedor basta para el levantamiento del embargo.—*Jur. Com.*, 11, 412, Sér. 4º.

2º *La presunción de propiedad no puede ser invocada por la persona que se encuentra en virtud de un contrato ó de un acto lícito ó ilícito, obligada á la restitución de la cosa (art. 2414),*

(Art. 2414.) Se dijo en el art. 2412 que la reivindicación sólo podía deducirse, cuando la cosa fuera robada ó perdida, ó si perteneciera al Estado, entonces la cosa pasa á los terceros adquirentes gravada con este defecto; pero si debía restituirse, sólo podría ejercitar la acción personal. Es necesario evitar esta confusión de acciones, que como dicen Aubry y Rau ha llegado á producir la indecisión en las sentencias de los tribunales franceses; así, la reivindicación sólo puede deducirse en los tres primeros casos; en los demás, se deduce la acción personal, y en su caso la real, contra el mismo tenedor. Y la razón es evidente; el principio de que la posesión es un verdadero título, sólo puede ser invocado por el que posee para sí, *animo domini*, y no por quien es un mero tenedor y posee para otro, por eso el comodatario ó el depositario, no pueden rechazar la acción personal de restitución á la que está sometido con mayor razón el mismo ladrón, pero puede deducirse la acción real. Creo, como Aubry y Rau, que basta la posesión para adquirir la cosa, independiente de la buena ó mala fe, pues el art. 2412 no distingue, y sólo reconoce las excepciones indicadas. Si cuando el tercero sabía que la cosa no era del enajenante, se concede una acción contra el adquirente pues, éste por su culpa ha causado un daño á otro y está obligado á resarcirlo, art. 1109, es más bien el resultado de un acto ilícito ó de un delito, que lo obliga personalmente como ejecutor, y lo que prueba esta verdad es que esa acción no sigue á la cosa cuando ha pasado á un tercer poseedor de buena fe; luego reposa sobre una relación personal entre el ejecutor y el dueño,

El dueño de la cosa tiene dos acciones: la reivindicatoria contra el que la recibió, y la que nace del contrato mismo. El presente artículo es aplicable tanto al poseedor que obtuvo la cosa del mismo propietario, como al tercero que la adquirió de mala fe.

Algunos autores argentinos han pensado que el art. 2412, sólo se aplica á los terceros adquirentes, y el presente al que la adquirió del propietario; con lo primero estoy conforme, no así con lo segundo, porque esta acción se puede deducir contra el tercer adquirente *de mala fe*. — Comp. AUBRY y RAU, § 183, notas 26 y 29. La doctrina sostenida por la Cámara de Apelaciones de la Capital de la República (III, 44), de que el que ha dejado de poseer una cosa en virtud de un contrato simulado declarado tal en juicio, puede reivindicarla, confirma los principios ex-





como el locatario, depositario ó comodatario, que no podrán oponer al que les entregó la cosa, el título de su posesión; pero si éstos la hubiesen enajenado á adquirentes de buena fe, no podrá reclamarla.

3º *Tampoco puede ser invocada respecto á las cosas muebles del Estado general ó de los Estados particulares, ni respecto á las cosas accesorias de un inmueble reivindicado (art. 2415), sobre*

puestos. El art. 2775, autoriza la reivindicación por el dueño de la cosa contra el que cometió el delito.—Véanse arts. 1091, 1109, 1817, 1866, 2364, 2382, 2412 y 2775.

(Art. 2415.) El artículo no hace excepción entre los bienes particulares de la nación ó de las provincias, y los del dominio público; pero siendo únicamente susceptibles de posesión y de prescripción los inmuebles privados del Estado, deberían serlo también los muebles; así, creo que una posesión de 10 años de una cosa mueble, la haría adquirir definitivamente, aunque perteneciera al Estado, á menos de tratarse de armas, equipos ó de cosas que lleven la marca ó el sello de la nación ó provincia, porque se reputan que son de ella mientras no se pruebe lo contrario.

Las cosas muebles no tienen una prescripción determinada: trátan-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2414.—Así el depositario, el comodatario, y los otros tenedores precarios, no pueden valerse del principio de que en materia de muebles la posesión vale por el título. Así también, el tercero al cual el tenedor precario de un objeto mueble lo ha transmitido, y que lo ha recibido de mala fe, es decir, sabiendo que su autor no tenía derecho de disponer de él, está, en razón de su mala fe, sometido á una acción personal sobre la restitución de ese objeto.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2414.—En el caso de reivindicación reconocido á favor del poseedor de buena fe el derecho á cobrar las expensas y mejoras hechas en el fundo, la cuestión queda limitada á la avaluación de ellas.—XVI, 304.

El poseedor de buena fe sólo es responsable de los deterioros de la cosa reivindicada, en tanto cuanto sea el provecho que haya obtenido. — XVI, 304.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2414.—El poseedor á título de depositario no tiene buena fe.—Jur. Civ., I, 199, Sér. 1ª.

El que hubiere perdido la posesión de los bienes muebles, en virtud de un contrato declarado simulado, puede reivindicarlos.—Jur. Civ., III, 44, Sér. 1ª.

Probada la simulación de un instrumento público que confería propiedad sobre bienes muebles, aquel á quien en su virtud le hubiese sido arrebatada, puede reivindicarla probando la posesión en que estaba antes de la fecha del contrato simulado.—Jur. Com., III, 44, Sér. 1ª.

todo en las primeras, cuando las cosas tienen algún sello ó marca de la nación, como sucede en las armas y cosas semejantes.

dose de las robadas, perdidas ó poseídas de mala fe, y les hemos señalado la que corresponde á la acción personal, art. 4023, y como los bienes privados de la nación pueden prescribirse, art. 3951, les señalamos el mismo término á los muebles, con las excepciones consignadas. Cuando dice, que «tampoco puede ser invocada respecto á las cosas muebles del Estado» comprende á cualquier poseedor que las hubiere adquirido de buena fe, porque esta no se supone ni se admite sino respecto de esas cosas, que por su naturaleza pueden ser susceptibles de propiedad.

Cuando son cosas muebles reclamadas como accesorios de un inmueble, la regla de que la posesión vale por título no procede, pues lo accesorio sigue á lo principal; pero esas cosas no se comprenden en los muebles, por eso se debe distinguir: las inmovilizadas por destino del propietario, como por ejemplo, los animales ó instrumentos necesarios para un establecimiento agrícola; la ficción que los inmoviliza sólo existe para el propietario ó sus causa-habientes y no para los terceros respecto de los cuales esas cosas son muebles, como las demás de su especie. El artículo comprende las cosas inmovilizadas por su adhesión al inmueble del cual se hayan separado.—Comp. FOLLEVILLE, *Poseción de muebles*, n° 65. AUBRY y RAU, § 183. LAURENT, XXXII, n° 562.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2415.—Aubry y Rau, § 183, n° 3.



CAPÍTULO III

DE LAS OBLIGACIONES Y DERECHOS INHERENTES Á LA POSESIÓN



§ 669. — DE LAS OBLIGACIONES QUE LA POSESIÓN IMPONE

Si bien el que posee una cosa tiene el privilegio de no dar cuenta de su posesión, pues posee porque posee; sin embargo, en su calidad de tal, tiene obligaciones inherentes al hecho de la posesión, que podemos reducir á las siguientes:

1° *Son obligaciones inherentes á la posesión, las concernientes á los bienes, y que no gravan á una ó más personas determinadas, sino indeterminadamente al poseedor de una cosa determinada (art. 2416); de modo que soporta la acción en su calidad de poseedor y no por otra circunstancia.*

2° *Es obligación inherente á la posesión de cosas muebles, la exhibición de ellas ante el Juez, en la forma que lo dispongan las leyes de los procedimientos judiciales, cuando fuese pedida por otro que tenga un interés en la cosa fundado sobre un derecho. Los gas-*

(Art. 2416.) Se trata de la acción real que va escrita en la cosa; así, el poseedor de una cosa robada ó perdida soporta la reivindicación en su calidad de poseedor, sin tener en cuenta su buena ó mala fe. Cuando el artículo habla de *bienes*, es porque ha tomado la palabra *cosa* comprendiendo todo lo que existe, en cuyo caso viene á ser el género y el bien la especie, como se dice en los arts. 2152 y 2312. La ley 25, tít. 7, lib. 44, Dig., en que se apoya el artículo, define la acción real.—Comp. FREITAS, art. 3847 y en el 3848, habla de los derechos inherentes á la posesión.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2416.—Véase L. 10, Tit. 14, Part. 3ª.—La Ley Romana dice: *in rem actio semper adversus eum est qui possidet.*—L. 25, Dig. De oblig. et act.



tos de la exhibición corresponden á quien la pidiere (art. 2417), si así se determinare en la sentencia que decida la controversia.

(Art. 2417.) La exhibición de las cosas muebles, se relaciona íntimamente con la manera cómo debe hacerse, y toca á la ley adjetiva que corresponde dictar á las provincias, y puede ser dificultada restringiéndola; por eso habría sido conveniente facultar al Congreso en la Constitución, para dictarla, sin alterar las jurisdicciones locales.

El derecho romano no concedía acción contra el tercer poseedor, aunque éste hubiera recibido la cosa del mismo autor de la violencia, conociendo el origen vicioso de su posesión. Una decretal de Inocencio III, permitió obrar contra el tercero, cuya conciencia estaba en peligro.

Los casos en que la acción *ad exhibendum*, puede deducirse, se determinarán por las leyes de procedimientos, ó los jueces resolverán en cada caso, cuando estas no lo establecieron expresamente. No pudiendo reivindicarse las cosas muebles sino cuando fueren robadas, perdidas ó pertenecieran al Estado ó estuvieran sujetas al privilegio del locador, ó en los casos de acción personal por restitución de la cosa ó mala fe del tercer poseedor, la exhibición no puede pedirse sino alegando alguna de esas causas y demostrando su derecho. En cuanto á los gastos de la exhibición corresponden al que la pide; esta disposición es tomada de Freitas, art. 3576, pero sólo se aplicará cuando el poseedor no fuera vencido en juicio, porque nadie puede pretender que estaría obligado á pagarlos al ladrón ó al que la tuvo de él, conociendo el vicio de la posesión. Mantengo la opinión de la *Instituta*, n° 312, de que no se puede exigir la exhibición de los instrumentos públicos, donde constare la adquisición de inmuebles ó de derechos reales sobre ellos, art. 2317, porque el propietario no está obligado á mostrar su título, ni habría medio de obligarlo; el reclamante tiene la demanda judicial fundado en su derecho, no necesita de conocer el título, pues tiene el inmueble cuya reivindicación puede demandar, lo que no se puede hacer con relación á la cosa mueble sin verla. Otra obligación inherente á la posesión de cosas muebles es la de restituirla en los casos de reivindicación.—Comp. SAVIGNY, *Poseción*, § 50; y FREITAS, arts. 3848 y 3849.

El que pide la exhibición debe demostrar, que la cosa existe en poder del demandado, por todo género de prueba.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2417.—L. 16, Tit. 2, Part. 3ª.—Savigny, De la posesión, pág. 498.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2417.—Las partes demandantes no están obligadas á presentar los documentos que exija la contraria.—Jur. Civ., V. 83. Ser. 4ª.



3º *El que tuviere posesión de cosas inmuebles, tendrá para con sus vecinos ó terceros, las obligaciones impuestas en el Título VII de este Libro (art. 2418), y sufrirá las restricciones impuestas á los poseedores de inmuebles.*

4º *Son también obligaciones inherentes á la posesión de las cosas inmuebles, las servidumbres pasivas (art. 2419, 1ª parte); que pesando sobre el inmueble poseído, no puede substraerse á á ellas el poseedor; porque no es él que la sufre.*

5º También es obligación de la posesión, *la hipoteca y la restitución de la cosa, cuando el poseedor fuese acreedor anticresista (art. 2419, 2ª parte);* porque la primera, grava la cosa y se puede reclamar de cualquiera que la posea, y la segunda, más que inherente á la posesión, lo es de la misma persona que se ha obligado á devolverla, cuando le haya sido pagada la acreencia.

6º *También las cargas de dar, hacer ó no hacer, impuestas por el poseedor precedente, al nuevo poseedor (art. 2419, últ. parte);* aunque son más bien personales que reales, á menos de ser impuestas en el mismo título de adquisición, y que se transmiten á los nuevos adquirentes.

(**Art. 2418.**) Este artículo de simple referencia ha debido ser comprendido en el siguiente, como lo trae. FREITAS, art. 3850, nº 13, de donde fué tomado, teniendo la ventaja de reunir en uno sólo todas las obligaciones.

(**Art. 2419.**) El artículo habla de las obligaciones del que posee el inmueble, y comprende impropiaamente las que éste soporta gravándolo, que son derechos reales que van escritos en la cosa misma. Para mayor claridad las dividiremos en dos grupos: 1º, obligaciones del poseedor; 2º, derechos que gravan la cosa. Son obligaciones del poseedor, la restitución de la cosa ó á quien tuviere el derecho para reivindicarla, ó cuando el poseedor la tuviese con dominio revocable, ó con cargo de restitución, como si fuera acreedor anticresista: las cargas de dar, hacer ó no hacer, impuestas al nuevo poseedor, por el anterior, y la restitución de la cosa cuando el poseedor sólo tuviera el dominio útil. Son derechos reales que gravan la cosa: la obligación de usufructo, cuando el poseedor sólo tuviere la nuda propiedad, los derechos de uso y habitación, las servidumbres pasivas, la hipoteca y los impuestos fiscales que gravan la cosa. En cuanto á las obligaciones personales, el poseedor responde bajo la pena de daños y perjuicios.—Comp. FREITAS, art. 3850.



§ 670.—DERECHOS INHERENTES Á LA POSESIÓN

Así como la posesión impone obligaciones, confiere también derechos que sólo corresponden á la calidad de poseedor; estos derechos se reducen á los siguientes:

1º *Son derechos inherentes á la posesión, sean reales ó personales, los que no competen á una ó más personas determinadas, sino indeterminadamente al poseedor de una cosa determinada (art. 2420)*, de modo que la persona es indiferente, y el derecho se puede decir que va escrito en la cosa, como por ejemplo, una servidumbre de paso.

2º *Son derechos inherentes á la posesión de los inmuebles, las servidumbres activas (art. 2421)*, porque se deben á la cosa y la persona, nada tiene que ver.

(**Art. 2420.**) Los derechos personales son los que corresponden á la persona misma, como el de defenderse en la posesión y rechazar la fuerza con la fuerza, el de ser considerado como propietario de la cosa mueble poseída, ó ser reputado poseedor de buena fe; estos derechos pueden alegarse por cualquier poseedor. Son los derechos reales, los que corresponden á la cosa misma, como todas las limitaciones al dominio y las servidumbres reales activas establecidas en favor y servicio de la cosa. — FREITAS, art. 3848.

(**Art. 2421.**) Freitas, art. 3852, dice con más propiedad: «son derechos inherentes á la posesión de los inmuebles: 1º, los que corresponden á las restricciones legales indicadas; 2º, las servidumbres *reales* activas». Los arts. 2621 y siguientes, son restricciones al dominio, se conceden á la propiedad para su seguridad, y son inherentes á ella. Las servidumbres activas son las establecidas en favor del inmueble. El art. 2503, distingue el usufructo, uso y habitación de las servidumbres activas y no las considera como tales, aunque en la nota al art. 2802 da á entender que son una servidumbre. Sólo violentando la expresión, se puede sostener que el usufructo sea una servidumbre personal activa.— Véase el art. 2970, que excluye el usufructo de la definición.

CAPÍTULO IV

DE LAS OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL POSEEDOR DE BUENA Ó MALA FE



§ 671.—DE LAS OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL POSEEDOR DE BUENA FE

La buena fe consiste en la persuasión de que la cosa le pertenece por el título de adquisición que invoca, ó por otro cualquiera; sin embargo, cuando la posesión reposare sobre un título nulo como contrario á la ley, no podría alegar la buena fe.

La buena fe es una cuestión de hecho y debe ser juzgada según las circunstancias de cada caso.

La buena fe, en la posesión, crea los siguientes derechos:

1º *Sucediendo la reivindicación de la cosa, el poseedor de buena fe no puede reclamar lo que haya pagado á su cedente por la adquisición de ella; pero el que por un título oneroso y de buena fe, ha adquirido una cosa perteneciente á otro, que el propietario la hubiera difícilmente recuperado sin esta circunstancia, puede reclamar una indemnización proporcionada (art. 2422);* porque no

(Art. 2422.) La disposición de este artículo tendrá generalmente su aplicación en las cosas muebles robadas, perdidas ó del Estado; porque en los inmuebles rara vez el reivindicante tendrá obligación de pagar por la cosa reivindicada. En general, el reivindicante de cosas muebles no debe reembolsar al poseedor de buena fe lo pagado por la cosa adquirida por título oneroso; se exceptúan los casos del art. 2768, á los que se agregará el presente: si el propietario la hubiera recuperado difícilmente, entonces puede reclamarse una *indemnización*, que los jueces determinarán y vendrá á ser como una recompensa por el servicio, art. 2533; pero



es justo que se enriquezca á costa de otro. Será una cuestión de hecho que queda sujeta á la prueba que se diere sobre una y otra circunstancia.

2º *El poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos que correspondiesen al tiempo de su posesión; pero no hasta que correspondan al tiempo de su posesión, si fueren recibidos (percibidos) por él cuando ya era poseedor de mala fe (art. 2423);* porque en

si suponemos el caso de sustracción por uno de mi familia y yo hubiera recibido el precio sin saberlo, como no es justo que me enriquezca con daño de otro deberé devolverlo, aunque el adquirente hubiera tenido mala fe. Lo mismo sucedería cuando un tutor, sin autorización suficiente, me hubiera vendido un inmueble de su pupilo, y me fuera reivindicado: si el precio se hubiese empleado en beneficio del menor, ó en pago de impuestos ó adquisición de otros bienes para el menor, entonces me debería aquello que aprovechó. Pothier observa, que si el tutor hubiera empleado el precio pagado en reembolsar rentas debidas por el menor, sólo podría obligarle á que me las reembolsara á su vez. En el caso de compra de un inmueble del menor, declarada nula por falta de autorización, si el precio hubiera sido invertido en provecho de éste, ¿habría lugar á compensar los intereses como frutos, como lo enseña Pothier? No lo creo; el comprador ha tenido mala fe, pues sabía que el tutor no podía enajenar esos bienes sin autorización judicial; pero como no sería justo que el menor se enriqueciera, debe devolver á su vez los frutos que hubiere percibido, todo esto sin perjuicio de las acciones personales que correspondieran al comprador contra el tutor según los casos. —Comp. POTHIER, *Propiedad*, nº 353. Cód. AUSTRIA, art. 333.—Véanse arts. 786, 787, 2412, 2423, 2533, 2768 y 3214.

(**Art. 2423.**) Según los principios del derecho, el poseedor de buena fe, que teniendo motivos fundados para creerse dueño absoluto de la cosa ha tomado los frutos, no debe responder por ellos cuando ha llenado estas dos condiciones: 1º, que los frutos correspondan al tiempo de su posesión; 2º, que tenga buena fe en el momento de la percepción.

El poseedor debe tener buena fe en cada percepción, porque se considera cada una como actos distintos y separados; de modo que si tuvo mala fe en uno de ellos, no perjudicará á los demás. Deducida la demanda, el poseedor sabe que su título es contestado y no hará suyos los frutos pendientes, porque la cosa se encuentra sujeta á los resultados del juicio. Los

cada percepción de frutos debe tener buena fe, pues se reputa que en cada uno de esos actos comienza una nueva posesión.

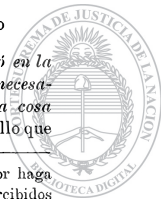
3º *Los gastos necesarios ó útiles serán pagados al poseedor de buena fe. Son gastos necesarios ó útiles, los impuestos extraordinarios*

frutos no percibidos pueden corresponder al tiempo de la posesión de buena fe; pero como la condición para hacerlos suyos es que esa buena fe exista en el momento de la percepción, de ahí es que no los adquiere. La buena fe puede existir al tiempo de percibir su valor, cuando los hubiere enajenado antes de la percepción, pero como no corresponden al tiempo de su posesión, debe devolver el valor recibido, si cuando se percibieron tenía mala fe. La l. 22, tít. 32, lib. 3, Cód. Romano sólo autorizaba al poseedor de buena fe para apropiarse los frutos consumidos, debiendo devolver los existentes, doctrina que nuestro derecho ha rechazado.

En cuanto á los frutos civiles, como sólo se juzgan percibidos cuando han sido cobrados, art. 2425, resultará que no adquirirá los no cobrados que correspondan á su posesión, cuando tiene mala fe á su percepción, á diferencia del usufructuario, que siendo de mejor condición los adquiere día por día en proporción al tiempo que dure el usufructo, aunque no los hubiere percibido, art. 2865.

La expresión de frutos recibidos que usa el Cóligo, refiriéndose á los *percibidos*, cuando tenía mala fe no me parece propia, porque la percepción tiene lugar por la separación de los frutos, mientras el recibo puede ser un acto posterior á la percepción é independiente de él. El artículo habla sólo de los frutos. ¿Se entienden excluidos los productos? Algunos autores franceses admiten que debe hacer suyo esos productos, cuando vienen á considerarse como frutos por el destino que el propietario enajenante hubiere dado á la cosa, y participo de esta opinión. Aunque la palabra fruto tomada en su sentido estricto sólo comprende los objetos que una cosa produce regularmente sin alterar su substancia, *quicquid ex re nasci et re nasci solit*; y los productos, al contrario, son los objetos que la cosa no está destinada á producir regularmente, y que forman una parte integrante de ella; sin embargo, cuando el propietario le ha dado un destino á la cosa, en que esos productos vienen á ser como los frutos por la percepción regular y periódica, como si se ha vendido una cantera en explotación, el comprador de buena fe no devolverá los productos percibidos, que en este caso se considerarán como frutos; pero si el poseedor de buena fe ha destinado la cosa á una explotación semejante, estará obligado sólo por el provecho obtenido, como en el caso del art. 2431. Freitas, art. 3960, expresa con





rios al inmueble, las hipotecas que lo gravaban cuando entró en la posesión, los dineros y materiales invertidos en mejoras necesarios ó útiles que existiesen al tiempo de la restitución de la cosa (art. 2427); porque sólo debe pagar el reivindicante aquello que

más claridad la idea del artículo al decir: «para que el poseedor haga suyos los frutos de la cosa reivindicada, no basta que sean percibidos por él durante su posesión de buena fe, si no corresponde al tiempo de su posesión; ni basta que correspondan al tiempo de su posesión, si fueron percibidos cuando ya era poseedor de mala fe». Vendo los frutos que debo percibir dentro del año, si soy demandado antes que se perciban, debo el precio recibido, es el primer caso del artículo; en el momento de percibir los frutos soy demandado, aunque esos frutos corresponden al tiempo de mi posesión de buena fe, no los hago míos porque al percibirlos se que me disputan el derecho, es el segundo caso.

Ha ocurrido el caso en que el administrador provisorio de una sucesión entregó al heredero presuntivo los bienes hereditarios con los frutos que habían producido, éste los hizo suyos como poseedor de buena fe; así lo han resuelto varias cortes francesas, en virtud del efecto retroactivo que produjo la aceptación de la herencia, pues se le consideró poseedor desde que la sucesión le fué deferida. Demolombe critica sin razón esas decisiones.—Comp. DEMOLOMBE, IX, n° 621. MARCADE, al art. 549. POTHIER, *Propiedad*, n° 337.—Véanse arts. 124, 590, 2356 á 2362, 2414, 2415, 2424 á 2626, 2864 y 2865.

(**Art. 2427.**) La teoría de las mejoras ó gastos necesarios, útiles y voluntarios de que se habló en los arts. 589 á 591 se funda en esta regla de equidad que nos ha legado el Derecho Romano: nadie sin injusticia puede enriquecerse á costa de otro; así, todo provecho que reciba el reivindicante por los gastos hechos en la cosa reivindicada deben ser abo-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2423.—L. 39, Tit. 28, Part. 3ª.—Cód. Francés, art. 549.—Napolitano, art. 474.—De Luisiana, art. 464.—L. 13ª, Dig. *De reg. juris*.—L. 25, Tit. 1, Lib. 22, Dig.—La Ley citada de Partida y la L. 22, Tit. 32, Lib. 3. Cód. Romano disponían lo contrario respecto de los frutos existentes y no consumidos. La Ley de Partida exceptuaba los frutos naturales que son las crías y demás producciones de los animales.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2423.—El acreedor por frutos, carece de privilegio.—Jur. Com., VI, 450, Sér. 1ª.

No puede ser condenado á su devolución, el poseedor que tenía derecho á una parte de lo poseído, mientras no se justifique que la porción reivindicada podía producirlos aun separada de la parte que reconoció el derecho del poseedor.—Jur. Civ., I, 523, Sér. 2ª.



diera mayor valor á la cosa que recibe, sin tener en cuenta lo que el poseedor hubiera ejecutado en su provecho y que no existiera á la entrega.

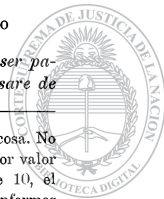
nados al poseedor de buena fe. *Los gastos necesarios* son los que gravaban la cosa, ó aquellos sin los cuales habría perecido ó deteriorándose: *quæ si facta non sint, res aut peritura, aut deterior futura sit*, y que son debidos aun al poseedor de mala fe; estos gastos deben abonarse al poseedor de buena fe, aunque no existan en el momento de la restitución, por haber desaparecido sin culpa del poseedor, porque si éste no los hubiera hecho, el propietario se habría visto obligado á hacerlo de su propio peculio; sin embargo, se pueden reducir cuando no han sido hechos con discernimiento.

No se deben confundir los gastos de conservación necesaria y absoluta, con los hechos con un objeto preventivo; es decir, por un administrador previsor y que tienen por fin, no una necesidad inmediata, sino una futura más ó menos próxima, ni tampoco los de simple conservación de la cosa en buen estado, que son compensables con los frutos, artículo 2430.

Nuestro artículo no incurre en el defecto del art. 1381, Cód. Francés, criticado por los juriconsultos, y siguiendo á Freitas, art. 3959, nº 4, y 3968, obliga al reivindicante á pagar los gastos necesarios ó útiles; pero hay cierta incertidumbre para fijar la inteligencia y alcance de estas palabras. Los gastos útiles son siempre *voluntarios*, y pudieran no hacerse por el poseedor sin perjudicar la cosa; pero no así los *necesarios*, pues ésta habría perecido ó deteriorándose sin ellos.

Cuando se habla de los impuestos extraordinarios, de las hipotecas y de los dineros y materiales invertidos en mejoras necesarias ó útiles que pudieron ó no hacerse, el legislador procede por vía de ejemplo, pues no son los únicos; comprende en general los gastos que dieron mayor valor á la cosa, y de que aprovecharía el reivindicante si no los pagara, enriqueciéndose á costa del que los hizo. La confusión nace de que emplea conjuntamente las palabras, *gastos necesarios ó útiles*, mejoras, *necesarias ó útiles*, y aunque lo hace disyuntivamente, se puede dudar si comprende á ambas. Los gastos necesarios hechos por el poseedor de buena fe se deben siempre, aunque no existan, mientras los útiles sólo cuando existen y en la medida del provecho que reciba el reivindicante.

La última parte del artículo se aplica sólo á las mejoras útiles existentes. La regla general es que el reivindicante debe las mejoras



4º *El poseedor de buena fe puede retener la cosa hasta ser pagado de los gastos necesarios ó útiles; pero aunque no usare de*

útiles hasta la concurrencia del mayor valor obtenido por la cosa. No hay dificultad en decidir, que si el poseedor gastó 25 y el mayor valor es de 50, sólo deberá los 25; pero si el mayor valor es sólo de 10, el poseedor de mala fe perderá los 15 restantes; en esto están conformes todos los juriscultos; pero las opiniones se dividen tratándose del poseedor de buena fe. Nuestro Código se decide por la mejor doctrina no haciendo distinción alguna, y obligando al reivindicante á pagar sólo las mejoras existentes, por el valor que ellas tengan; es decir, por aquello con que se enriquecería el reivindicante á costa del poseedor. Algunos autores como Demolombe y Larombière opinan que en los gastos útiles se debe comprender, no sólo lo que el poseedor empleó en dinero, sino en trabajos, cuidados, industria, etc., y que debe remunerársele; por nuestro derecho no podría aceptarse tal doctrina, porque el reivindicante sólo se obliga por la utilidad recibida en la medida de lo gastado por el poseedor.

Cuando el artículo habla de los *impuestos extraordinarios al inmueble* se refiere á los que dan mayor valor á la cosa, como el adoquinado, las cloacas, etc., que son construcciones impuestas por la ley para la higiene y viabilidad. Los impuestos ordinarios que gravan el inmueble, como la contribución directa, etc., son á cargo del poseedor de buena fe que goza de la cosa. No creo que nuestro artículo comprenda el pago de impuestos atrasados, como lo trae Freitas, porque esos impuestos aun-que gravan el inmueble, los debe el que se cree dueño y lo detenta como tal; por esa razón el art. 2429 autoriza al reivindicante para compensar esos impuestos, cuando los *pagare* porque los debía al poseedor de buena fe.

Los gastos ordinarios para producir los frutos, cuando el reivindicante los percibiera por estar pendientes al tiempo de la restitución, él los deberá porque la regla es que no hay frutos sino deduciendo los gastos hechos para producirlos; pero cuando el poseedor los percibe, son de su cuenta. Freitas comprende los gastos á deducir de los frutos pendientes.

Cuando el artículo habla de dineros gastados, no distingue su origen; así, se le deberán aunque procedan de los frutos percibidos por el poseedor de buena fe; pero no podrá cobrar intereses porque van compensados con los frutos.

Los dineros gastados en *mejoras* útiles no son en realidad *gastos* ne-

este derecho, y entregase la cosa, dichos gastos le son debidos (art. 2428). El derecho de retención establece un privilegio en

cesarios, sin los cuales la cosa habría perecido ó deteriorádose, y que deben pagarse aun que no existan; son gastos que dan mayor valor á la cosa y que si desaparecen en el momento de la restitución no hay razón para pagarlos. Las mejoras necesarias y los gastos necesarios se confunden en la terminología de nuestro Código, y aunque siempre van juntas las palabras de *mejoras necesarias ó útiles*, como se nota en los arts. 588 y 2427, así como van unidas las palabras *gastos útiles ó necesarios* en los arts. 2427 y 2429, se las debe distinguir cuidadosamente.

Cuando los frutos pendientes han sido vendidos por el poseedor de buena fe, sólo deberá el precio si no fueron percibidos antes de la demanda. Cuando se ha edificado con materiales propios en terreno que resulta ajeno, después del juicio de reivindicación, el poseedor de buena fe tiene derecho á cobrar las indemnizaciones correspondientes, art. 2589, y puede compeler al dueño del terreno á que las pague, haciéndole rematar el inmueble. Nuestro Código no autoriza el sistema de Pothier y Demolombe, ni el que propone el Dr. Llerena de esperar al reivindicante el tiempo que el juez señale para pagar la cantidad que importa lo hecho. —Comp. AUBRY y RAU, § 219, letra c. POTHIER, *Propiedad*, n° 343 y sig. FREITAS, l. c. Cód. DE CHILE, art. 908 y 909.—Véase arts. 588, 589 á 591, 1384 y 1539, n° 3 y 4, 2120, 2309, 2428 á 2430, 2440, 3441, 2588, 3168, 3170, 3228, 3258 y 3427.

(Art. 2428). Nuestro artículo es tomado de Freitas, art. 3969, quien, siguiendo la común opinión de los autores franceses, acuerda el derecho de retención por los gastos necesarios y las mejoras útiles hechas por el poseedor de buena fe, y aun al de mala fe, en el caso del art. 2440. El Cód. Francés no acuerda el derecho de retención en este caso, y jurisprudencias de nota sostienen que por analogía se debe conceder, mientras otros admiten que sólo pueda alegarse, cuando el derecho se encuentre formalmente reconocido.

Esa es la cuestión resuelta en parte por nuestro artículo, y la decide definitivamente en el art. 3940, admitiendo el privilegio de retención,

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2427.—L. 44. Tit. 28, Part. 3ª.—L. 5, Tit. 32, Lib. 3, Cód. Romano.—Aubry y Rau, § 219, letra E, y véase la L. 79, Tit. 16, Lib. 20, Dig.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2427.—El poseedor de buena fe, tiene derecho á cobrar del propietario las mejoras necesarias ó útiles que haya hecho en la propiedad poseída.—Jur. Civ., III, 246, Sér. 6ª.



favor del poseedor de la cosa, en caso de concurso; pero desaparece y entra en la categoría de los acreedores comunes, una vez que la ha entregado.

cuando provenga de un hecho que produzca obligaciones respecto al tenedor de la cosa. En aquel lugar la trataré con la extensión necesaria; por el momento debemos decir, que estando reconocido expresamente el privilegio, no puede ser motivo de cuestión.

Cuando el Código Civil se puso en vigencia, los tribunales incurrieron con frecuencia en errores al aplicar disposiciones completamente nuevas, y en ese caso creo se encuentra la sentencia de 1874, confirmada por la Suprema Corte (Serie 2, tomo V, pág. 449) en que no acuerda al poseedor de buena fe el privilegio de retención por las mejoras necesarias y útiles, negando que no puede extenderse al presunto acreedor, «mientras la obligación que demanda no proceda ó traiga origen de un contrato ó cuasi-contrato entre las partes»; palabras que el Dr. Velez-Sarsfield copió de Aubry y Rau, § 256 *bis*, nota 5, y en que estos autores se deciden por una opinión intermedia, entre los que niegan en Derecho Francés el derecho de retención no autorizado por la ley expresa, y los que lo extienden á los casos análogos; admitiéndola Aubry y Rau, sólo cuando los gastos fueran hechos en virtud de contrato ó cuasi-contrato. Pero como nuestro Código lo reconoce expresamente, no se la puede discutir.

Para ejercer el derecho de retención no es necesario que la deuda sea reconocida, ó que los gastos hayan sido materia de juicio; porque si bien es cierto que éste puede tener lugar cuando de plano se reconoce la propiedad del reivindicante, como en el comodato, depósito, etc., alegando la retención por los gastos necesarios, no puede efectuarse cuando el poseedor se cree dueño y rechaza la acción de reivindicación, limitándose á sostener su derecho; concluido el pleito, recién tendrá ocasión de alegar la retención por las mejoras hechas. Hay, pues, dos juicios completamente separados: el de reivindicación contra el poseedor, y una vez vencido, comenzará el del pago de las mejoras y la retención de la cosa.

La ordenanza francesa de Moulins, á fin de evitar que el poseedor buscara prolongar su posesión, señalaba el término de un mes para hacer liquidar el importe de las mejoras, y la ley de 1667 dejaba al árbitro del juez señalar un término, pasado el cual, el propietario podía entrar en posesión dando fianza de pagarla. Nuestras leyes de procedimientos nada indican al respecto.

El Dr. Llerena funda muy bien la crítica á la decisión de la Corte Su-



5° *El dueño de la cosa no puede compensar los gastos útiles ó necesarios con los frutos percibidos por el poseedor de buena fe*

prema y apoya nuestra opinión; pero no estoy conforme con él, cuando cree que el derecho de retención se pierde por haber dejado vencer el término señalado por el juez para la entrega de la cosa; porque el privilegio siempre existe, mientras esta se encuentre en poder del acreedor, y puede alegarlo cuando sea requerida su entrega; la ley no le ha señalado un plazo fatal para deducirlo, ni puede perderlo sino en virtud de una nueva sentencia en que se trate sobre el privilegio mismo.

Freitas, art. 3969, agrega: «*condenado á restituir dos ó más cosas, y habiendo hecho gastos sólo en bien de una de ellas, solamente esa tendrá derecho para retenerla y no las otras*»; lo que demuestra la verdad de nuestra tesis, de que el derecho de retención sólo se ejercita después de la sentencia condenatoria de restitución y no conjuntamente. Puede consultarse sobre el origen de la cuestión, que nuestro artículo decide á MERLIN, 1° *Retención*. TOULLIER, III, n° 130. DURANTON, IV, n° 382, y AUBRY y RAU, l. c.

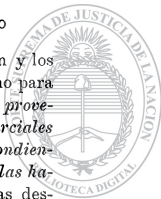
Cuando el que tiene el privilegio de retención es desposeído violentamente, puede deducir un interdicto para ser restituído en ella, pero si ha entregado la cosa voluntariamente, el derecho de retención desaparece con la posesión, y no revive si vuelve por otra causa á poder del que lo tenía. Esto no es atribuir al poseedor una acción real, sino simplemente acordarle un derecho que tiene todo poseedor de repeler la fuerza con la fuerza, ó de ser restituído en el estado anterior, independientemente de todo otro derecho.—Véanse arts. 591, 1384, 2309, 2427, 2436, 2440, 3168, 3427, 3939 y 3940.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2428.—L. 44, Tit. 28, Part. 3ª.—Demante, n° 383 bis, § 3. La retención del poseedor puede ser sumamente perjudicial al propietario, cuando no tenga medios para pagar las impensas útiles. Demolombe ha tratado largamente esta materia y propone los medios que en tales casos pueden tomar los tribunales.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2428.—El poseedor del fundo no puede ejercitar el derecho de retención en virtud de mejoras de las que no ha sido declarado acreedor, y sobre las que pende un juicio por separado.—XIV, 449.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2428.—Procede el desalojo en juicio sumario aun cuando exista contrato escrito, si el locatario adeuda más de dos meses de alquiler.—Jur. Civ., II, 377, Sér. 4ª.

Es improcedente el interdicto de adquirir la posesión, si el poseedor tiene por sentencias ejecutoriadas, reconocido el derecho de retención en virtud de las mejoras hechas en la cosa.—Jur. Civ., X, 140, Sér. 4ª.



(art. 2429, 1ª parte); porque esos frutos le pertenecen y los ha hecho suyos, como propietario ó poseedor con derecho para adquirirlos; *pero puede compensarlos con el valor del provecho que el poseedor hubiese obtenido de destrucciones parciales de la cosa, y con las deudas inherentes al inmueble, correspondientes al tiempo de la posesión, si el propietario justifiare que las había pagado* (art. 2429, 2ª parte); porque respecto de las des-

(Art. 2429.) Los frutos percibidos por el poseedor de buena fe le pertenecen en propiedad, por consiguiente no son materia de compensación; pero sí pueden serlo, los gastos útiles ó necesarios con las deudas ó cargas que gravasen el inmueble reivindicado. Como el poseedor se ha creído dueño de la cosa, ha podido hacer los cambios ó destrucciones que creyera convenientes, y no sería justo que se le hiciese responsable de ellos; pero tampoco lo sería, si hubiere vendido lo que no era fruto disminuyendo el valor venal de la cosa, ó lo hubiere empleado en su provecho, se enriqueciera á costa del dueño; en ese caso debe restituir aquello en que se enriqueció, y por consiguiente el propietario puede compensar la cantidad que se le deba por esta causa con lo que él deba por mejoras necesarias y útiles. Así, cuando se hubiera deshecho una casa y con los materiales hubiera construido otra, debería pagarlos, y el reivindicante podría compensar lo que deba por mejoras, con lo que á él se le debe.

Las deudas inherentes al inmueble son las que lo gravan sin tener en cuenta quién sea el dueño, en cuyo caso se encuentran los impuestos públicos y por eso creo injusta la obligación que se impone al propietario, de justificar su pago para poder compensarlos; porque si bien es cierto que no habiéndolos pagado el fisco continúa siendo el acreedor, también lo es que el propietario responde con la cosa y debía reconocérsele el derecho de compensarlos con lo que la cosa debe.

El poseedor responde sólo del tiempo de su posesión, de modo que si el enajenante debía impuestos que el vencido no ha pagado, el reivindicante no puede cobrárselos á éste, ni compensárselos con lo que le deba por mejoras. Las deudas de impuestos al inmueble las debe el poseedor durante su posesión, y las atrasadas que ha pagado correspondientes á la posesión del que le enajenó la cosa, no las debe el reivindicante sino aquel que la enajenó indebidamente. Hablamos de los im-

El poseedor de buena fe, no puede retener el bien, aun cuando haya hecho mejoras: debe gestionar su pago en expediente separado. — Jur. Civ., V, 268, Sér. 2ª.



trucciones, son partes de la cosa misma que no tiene derecho para aprovecharse de ellas, desde que no son frutos; con relación á las deudas que gravasen el inmueble, contraídas por el vencido en la reivindicación, debe igualmente abonarlas, porque son puramente personales, habiéndolo afectado como una garantía.

6° *Los gastos hechos por el poseedor de buena fe para la simple conservación de la cosa en buen estado, son compensables con los frutos percibidos y no puede cobrarlos (art. 2430);* porque

puestos ordinarios que no dan mayor valor á la cosa, no así de los *extraordinarios* del art. 2427.—Comp. FREITAS, 3967 y 3975. MARCADE, al art. 555.—Véanse arts. 1384, 2119, 2120, 2124, 2427, 2430, 2431, 2444 y 3426.

(**Art. 2430.**) Es necesario distinguir los gastos de conservación y mantenimiento en buen estado de la cosa, á los que provee por conveniencia propia todo poseedor, con los de absoluta necesidad para que no perezca ó se deteriore, y que debe pagarlos el dueño de aquella. Y lo que es fácil distinguir tratándose de muebles, es difícil cuando se refiere á los inmuebles. Será siempre una cuestión de hecho que se decidirá según los casos.

Para facilitar la inteligencia, el artículo dice: para la *simple conservación*, dando á entender así, que comprende los gastos más necesarios al mantenimiento de la cosa en estado de servicio, como la manutención de los animales, las reparaciones locativas y todos aquellos gastos que se hacen en la cosa para servirse de ella. Pothier dice, que esos gastos son una carga de los frutos, y que el poseedor de buena fe que los adquiere no debe tener ningún derecho contra el propietario. El poseedor los ha hecho para gozar mejor de la cosa. No creo que la posición del poseedor de buena fe se pueda comparar con la del usufructuario, ni con la del locatario, porque ha procedido como dueño y ha hecho los gastos en su calidad de tal.—Comp. AUBRY Y RAU, § 219, letra *c*. POTHIER, *Propiedad*, n° 344, y l. 7, tit. 1, lib. 7, Dig.—Véanse arts. 2120 y 2282.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2429.—En cuanto á la compensación de los gastos necesarios ó útiles con los frutos percibidos por el poseedor de buena fe: en contra, LL. 41 y 44, Tit. 28. Part. 3ª, y L. 48, Tit. 1, Lib. 6. Dig. *Destrucciones parciales*, árboles, por ejemplo, que hubiese cortado y vendido de bosque que no era de corte.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2430.—Aubry y Rau. § 219, letra *E*.—L. 7, tit. 1, lib. 7, Dig.



los ha hecho en su propio provecho, y para el mejor uso de la cosa.

El que posee una cosa creyéndose de buena fe dueño de ella, usa de su derecho al hacer transformaciones, reformas, y aun destruyéndola para usarla en otra forma, por eso dice el **art. 2431**: *el*

(**Art. 2431.**) El poseedor de buena fe es dueño de la cosa y la l. 31, § 3, tít. 3, lib. 5, Dig., dice con razón: *quia quasi suam rem neglerit, nulli querere subjectus est ante petitam hereditatem*, porque de las negligencias que uno tiene con sus cosas, los extraños no tienen derecho á quejarse. Esta regla se aplica aun á las destrucciones ó deterioros que se hubieren hecho en la cosa por el que se cree propietario, con esta limitación que se funda en la equidad: debe devolver todo aquello en que hubiere aprovechado de esas destrucciones, porque se consideran existentes, y sólo transformadas en el provecho recibido. Cuando se ha demolido una casa y empleado los materiales en hacer otra, deberá el importe de esos materiales, pero si los ha vendido, sólo cobrará el precio recibido

La expresión de *precio recibido* no substituye á la de provecho obtenido por el poseedor de buena fe, sino cuando las cosas se han vendido, y la regla es justa, porque el precio cuando existe representa el provecho, así como queda libre cuando ha donado esos materiales sin obtener utilidad.

Las cosas *muebles* de que hubiere dispuesto y á que se refiere el artículo, son las que corresponden al inmueble reivindicado, y que se hubieren transformado por la separación, como las provenientes de la demolición de una casa, ó de la separación de las cosas unidas á ella como accesorios, cuando no puedan reivindicarse, ó de las que hubiese dispuesto el heredero del depositario ó del comodatario que hubiera vendido la cosa de buena fe.—Arts. 2212 y 2272.

La regla de nuestro artículo, ha sido tomada de Aubry y Rau, § 219, texto á las notas 20 y 22, y está fundada en la opinión de Duranton, IV, n° 366, que autoriza á cobrar al reivindicante el provecho obtenido aun en caso de venta de buena fe. Si hubiera donado las cosas no tendría responsabilidad alguna: «pero si hubiere recibido presentes en reconocimiento de sus liberalidades, esos presentes serán considerados haberlo enriquecido, y se les considerará como una especie de cambio», como dice la l. 25, § 11, tít. 3, lib. 5, Dig., y deberá entregarlos al reivindicante. La regla se extiende, pues, á los casos siguientes: 1º, cuando se aprovechó de las destrucciones ó deterioros, deberá el provecho; 2º, cuan-



poseedor de buena fe no responde de la destrucción total ó parcial de la cosa, ni por los deterioros de ella, aunque fuesen causados

do los vendió, deberá el precio; 3º, si los donó y recibió recompensas deberá éstas; 4º, si los donó y nada recibió, su responsabilidad cesará. Estos principios tienen su excepción aparente en los arts. 2212 y 2272, aunque en realidad no lo sea, porque como heredero del poseedor forma una misma persona, y no puede alegar buena fe, y aunque la ley lo releve de los daños y perjuicios en razón de ésta, en realidad es un poseedor de mala fe, legalmente hablando.

Téngase presente que se deben considerar como deterioros de la cosa los que disminuyen su valor ó alteran su substancia, si no hubiera estado destinada á ese objeto por el anterior propietario. Así, cuando se ha comprado una cantera ó mina en explotación, no se deberán los productos obtenidos, que en este caso se considerarán como una especie de frutos; pero no así, cuando el adquirente la hubiera abierto y puesto en explotación.

Si por conmociones de la naturaleza los edificios se hubieran destruido, ó las piedras u otros objetos se hubieran desprendido de la tierra á que estaban adheridos, como los árboles arrancados por el huracán, deberá siempre el provecho obtenido de esos materiales, si los hubiera empleado, y el precio si los hubiese vendido.

El poseedor de buena fe que se considera dueño de la cosa puede destruirla arrancando los árboles del monte para hacer un parque, ó demoler parte de la casa para mayor comodidad, nada deberá si no ha sacado provecho de esos materiales; pero si los empleó en construcciones diversas de la misma casa se tendrá en cuenta su valor, cuando se trate de pagarle las mejoras hechas. —Comp. DURANTON, l. c. AUBRY y RAU, l. c. FREITAS, art. 3959, n° 2, y 3966. Cód. DE CHILE, art. 906. — Véanse arts. 124, 1854, 1867, 2118, 2178, 2212, 2272, 2429, 2435 á 2437, 2780 y 3426.

Nota del Dr. Folez-Sarsfield al art. 2431. — Consecuencia de la regla 137, Dig. De reg. juris, y L. 45, Tit. 1, Lib. 6. Dig. Una Ley Romana da la razón de la disposición principal del artículo. *quia quasi suam rem neglexit, nulli querellæ ante petitam hereditatem subjectus est.* L. 31, § 3, Tit. 3, Lib. 5. Dig. Otra ley del mismo Código dice: «El Senado ha querido proveer con equidad á la suerte de los poseedores de buena fe, de manera que no les sea imputado ningún daño hecho en la cosa, y que por otra parte ellos no puedan enriquecerse reteniendo parte alguna de la cosa de que sufran una evicción. Así, cualesquiera que sean los gastos que ellos hubiesen hecho en los bienes de la sucesión de que estaban en posesión, todo lo que ellos hubiesen disipado ó perdido en la opinión en que estaban de que abusaban de sus propios bienes, no se les puede



por hecho suyo, sino hasta la concurrencia del provecho que hubiese obtenido, y sólo está obligado á entregar la cosa en el estado en que se halle. En cuanto á los objetos muebles de que hubiese dispuesto, sólo está obligado á la restitución del precio que hubiera recibido; porque ha procedido como dueño; pero como no es justo que aproveche en forma alguna de la cosa misma, en perjuicio del propietario, de ahí la necesidad de obligarlo á pagar el beneficio obtenido. No sucede lo mismo con los frutos que no disminuyen, ni alteran la cosa y de los que goza con perfecto derecho el poseedor de buena fe.

§ 672. — LO QUE SE ENTIENDE POR FRUTOS

En general, se llaman frutos, los que la cosa produce periódicamente, sin alterar la substancia, ni disminuir la misma.

Son frutos naturales, las producciones espontáneas de la naturaleza (art. 2424, 1ª parte), como la fruta de los árboles, la lana de las ovejas y cosas semejantes, en que si bien el trabajo del hombre puede contribuir á su mejora ó mayor cantidad; es fundado en el hecho necesario de la producción.

Se llaman frutos industriales, los que no se producen sino por la industria del hombre ó por la cultura de la tierra (art. 2424, 2ª parte), cuando es trabajada con ese objeto.

Son frutos civiles las rentas que la cosa produce (art. 2424,

(Art. 2424.) Lo que la naturaleza produce espontáneamente de un modo periódico, regular y ordinario y que no disminuye la cosa, es lo

tomar en cuenta ni hacerles cargo alguno. Aunque hubiesen donado los bienes de la herencia para recompensar á alguno por obligaciones que tenían, no se juzgará que se han enriquecido con esos bienes; pero si hubiesen recibido presentes en reconocimiento de sus liberalidades, serán considerados haberlos enriquecido, como una especie de cambio, y esos objetos deben ser restituidos. — L. 25, § 11, Tit. 3, Lib. 5. Dig. — Véase Aubry y Rau, § 219, letra C. — Proudhon, *Dominio privado*, tomo 2, n.º 569 y siguientes. — Duranton, tomo 4, n.º 336.

Fallos de la S. C. N. — Aplicación del art. 2431. — En el caso de reivindicación, reconocido á favor del poseedor de buena fe el derecho á cobrar las expensas y mejoras hechas en el fundo, la cuestión queda limitada á la avaluación de ellas. — XVI, 304.

El poseedor de buena fe sólo es responsable de los deterioros de la cosa reivindicada en tanto cuanto sea el provecho que haya obtenido. — XVI, 304.



últ. parte), como la locación de la cosa, los intereses del dinero y cosas semejantes.

Se ha dicho que los poseedores de buena fe hacen suyos los frutos percibidos, y para estos casos, *se entienden percibidos los frutos naturales ó industriales desde que se alcan y separan* (art. 2425, 1ª parte), y se reputarán alzados, cuando se han separado de la cosa que los ha producido, aunque no se hayan reco-

que se llama frutos naturales; por consiguiente no lo serán los productos minerales porque la tierra no los produce periódicamente, mientras lo serán las crías de los animales. Los frutos industriales son los que se obtienen por la cultura de la tierra. Demante, n° 422, de donde fué tomado el artículo, dice: «son industriales aquellos que no se producen sino por la industria del hombre, y en consecuencia por la cultura», así es que la conjunción disyuntiva debe reemplazarse por la copulativa, porque es un mismo caso. Los frutos civiles de una cosa son las rentas que esta no produce en el sentido estricto de la palabra, pero que el que tiene derecho á ella puede procurarse, como una indemnización por los beneficios que su tenencia puede proporcionar á otro; tales son el interés del dinero prestado, la locación de cosas, etc., y por consiguiente no lo será la prestación de una renta vitalicia, porque es sólo el adelanto de parte del capital y del interés que concluye por desaparecer con la muerte de la persona sobre cuya cabeza se constituyó. Los artefactos no son frutos, como algunos creen, por más que la naturaleza proporcione la materia prima, como la porcelana, el vidrio, etc., que jamás se consideran frutos industriales, y constituyen como dicen AUBRY y RAU, § 192, productos del trabajo del hombre, de su industria ó del empleo de capital.—CÓD. FRANCÉS, arts. 583 y 584. FREITAS, art. 372 y 373. GOYENA, art. 398. CÓD. CHILE, arts. 645 y 647.—Véanse arts. 124, 583, 2329, 2330 y 2423.

(Art. 2425.) Los frutos naturales é industriales se adquieren cuando están separados de la cosa que los ha producido y con la que formaban una sola; por ejemplo, el maíz recogido, los árboles cortados, la lana de las ovejas cuando han sido esquiladas. El artículo dice, desde que se *alcan* y separan, usando una palabra que introduce cierta confusión y que se debe tomar como equivalente; porque el fruto está unido á la cosa que lo produce, y la percepción se hace cuando forma una

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2424.—L. 38, Tit. 28, Part. 3ª.—Código Francés, art. 383.—Demante, *Cours analytique*, n° 422.



gido; como si el trigo se ha segado, ó la fruta ha sido separada del árbol.

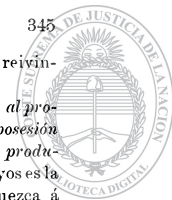
Se trata de la percepción de frutos, con relación á los simples poseedores de buena fe, y por consiguiente se debe distinguir de los que tienen derecho de poseer, y que hacen suyos los que la cosa produce, aunque no los hayan cobrado; así, el arrendatario que ha subarrendado la cosa, es dueño de los subarrendamientos que no se le han pagado, y el dueño que la reclama, concluido el contrato, nada tiene que ver con esos frutos no pagados, mientras el heredero del depositario que arrienda la cosa depositada creyéndola de su causante, si no ha cobrado los arrendamientos, estos pertenecen al dueño de la cosa; pues para él *los frutos civiles se juzgarán percibidos solamente desde que fuesen cobrados y recibidos, y no por día (art. 2425)*, porque su título de adquisición sólo reposa en el hecho de la percepción de los frutos y esta no se ha realizado hasta que los haya recibido.

En el contrato de renta vitalicia, como en los demás que confieren derechos á los frutos, éstos se adquieren día por día, así es que el acreedor los cobrará hasta el día en que se constituya en mora de entregar la cosa, si el solo vencimiento del plazo no la

cosa distinta sin necesidad de alzarla del suelo donde se encuentran separadas por el hecho del hombre, ó por cualquier acontecimiento de la naturaleza.

En cuanto á los frutos civiles, nuestro artículo decide una de las cuestiones debatidas en el derecho francés, aceptando la opinión de Demolombe y Aubry y Rau, que piensan, no se adquieren hasta no haber sido *cobrados y recibidos*; así, el poseedor de buena fe está en peor condición que el usufructuario, pues este hace suyos los frutos día por día. Los frutos se entenderán percibidos cuando los hubiera cedido á otro ó hubiera recibido del deudor un nuevo título. Demolombe sólo aplica el principio á los frutos civiles del año; pero no se debe hacer tal restricción. Demandado el deudor y embargado bienes para el pago, no se considera que ha recibido la renta, y ésta pertenecerá al propietario de la cosa. — Comp. AUBRY y RAU, § 206, nota 29. DEMOLOMBE, IX, n° 628. — Véanse arts. 2329, 2376 y 2423.

Nota del Dr. Fdez-Sarsfield al art. 2425. — Zachariæ, § 201. — Aubry y Rau, § 203, n° 6 y nota 23. — En contra, Goyena, art. 429.



produce, mientras el poseedor no puede cobrarlos, sino el reivindicante.

Los frutos pendientes, naturales ó civiles, corresponden al propietario, aunque los civiles correspondiesen al tiempo de la posesión de buena fe, abonando al poseedor los gastos hechos para producirlos (art. 2426); porque la única razón de hacerlos suyos es la percepción; pero no es justo que el propietario se enriquezca á costa del poseedor de buena fe que ha empleado su trabajo ó hubiere hecho gastos para producirlos; lo que sucede principalmente en los industriales.

(Art. 2426.) Porque mientras estén unidos á la cosa forman parte integrante de ella, y la reivindicación los comprende necesariamente, corresponden, pues, al propietario. Como los frutos civiles sólo se entienden percibidos cuando se han cobrado, resulta que la reivindicación abraza la cosa con las rentas no pagadas que se consideran formando un todo con ella. En los frutos naturales quedan comprendidos los industriales y se refiere á ellos el artículo cuando dice: el reivindicante debe pagar los gastos hechos para producirlos. Freitas, art. 3964, sólo comprende estos frutos, porque en los civiles no se concibe que el poseedor pueda hacer gastos para producirlos, pues si son mejoras ó gastos necesarios no se compensan con los frutos y puede siempre cobrarlos, y porque los civiles son los que resultan del uso de la cosa aprovechada, pagando por ese uso.

La expresión de que corresponden al propietario los frutos civiles no cobrados, aunque *correspondiese al tiempo de la posesión de buena fe*, confirma lo que dijimos en el art. 2423; de modo que, si se le debieran dos años de arrendamientos, el reivindicante tendrá derecho á cobrarlos, pues, como dice Demolombe, el propietario no puede demandar al poseedor desde que no los ha recibido.—Comp. l. 25, tit. 28, Part. 3ª, l. 4, tit. 14, Part. 6ª, y GOYENA, arts. 399 y 430, Cód. CALIFORNIA, art. 935.—Véanse arts. 583, 2329, 2376, 2423, 2425 y 2438.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2426.—Véanse LL. 25 y siguientes, Tit. 28, Part. 3ª, y 4. Tit. 14, Part. 6ª.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2426.—Los frutos civiles de la cosa comprada—arrendamiento—sólo corresponden al comprador desde la fecha de que se hizo la tradición: el vendedor tiene el derecho al cobro de los vencidos, aun cuando el comprador reúna el carácter del arrendatario.—Jur. Civ., XI, 62, Sér. 3ª.



La buena fe respecto á la percepción de los frutos, tiene tal fuerza é importancia, que *el heredero del poseedor de mala fe, hará suyos los frutos correspondientes á su posesión de buena fe* (**art. 2432**); así, el heredero del depositario que creyendo que la cosa pertenece á su causante, aprovecha de los frutos que ésta produce, no los deberá; pero si no los hubiera percibido ó se los debieran, corresponderían al propietario.

§ 673. — CUÁNDO CESA LA POSESIÓN DE BUENA FE

Cuando la ley concede al poseedor el derecho de hacer suyos los frutos percibidos, es por respeto á su buena fe, que es la creencia de que tiene derecho á ellos; desde el momento que esa buena fe cesa en cualquiera de las percepciones, deja de tener derecho, y si es obligado á restituir la cosa, debe hacerlo con los frutos percibidos.

En general, se ha reputado que el demandado por reivindicación deja de tener buena fe, idea que no es exacta, como lo demuestro en la nota; pero como entra en el radio de los que deben devolver la cosa con los frutos percibidos, lo colocaremos en la misma línea; así diremos: el poseedor de buena fe debe devolver la cosa con los frutos percibidos, en los casos siguientes:

(**Art. 2432.**) Se trata de la percepción de los frutos, no de la prescripción de la cosa; porque el heredero del poseedor de mala fe no puede prescribirla sino con el título de su causante; pero en la percepción son hechos materiales que están completamente separados. Puede suceder que como poseedor de buena fe haga suyos los frutos y tenga que restituir los percibidos por su causante de mala fe, y por el contrario no tenga que restituir los recibidos por su causante de buena fe y deba devolver los que corresponden á su mala fe personal. Así es que, si como heredero recibe una cosa que su causante había tomado por la violencia, ó por abuso de confianza, sin saberlo, hace suyos los frutos percibidos durante su buena fe y debe restituir los recibidos por su causante. Cuando aceptó la herencia con beneficio de inventario, sólo deberá los frutos que corresponden á su causante de mala fe. Este artículo es una aplicación del art. 2361.—Comp. FREITAS, art. 3990, § 2.—Véanse artículos 2357, 2358 y 2361.



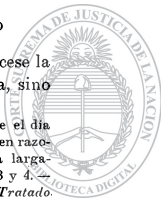
1º *El poseedor de buena fe que ha sido condenado por sentencia á restituir la cosa, es responsable de los frutos percibidos desde el día en que se le hizo saber la demanda, y de los que por su negligencia hubiese dejado de percibir; pero no de los que el demandante hubiera podido percibir. Él no responde de la pérdida y deterioro de la cosa causados por caso fortuito (art. 2433).* La responsabi-

(**Art. 2433.**) La demanda no hace que el poseedor sea de mala fe, porque al defenderse exhibiendo su título, continúa creyéndose dueño de la cosa, y esa creencia puede estar justificada por la sentencia favorable de 1ª Instancia, y ser confirmada aun por la revocación del superior, por un voto de mayoría, y la relevación de las costas del juicio en que se demuestre que no hubo mala fe. Es responsable de los frutos, no porque la mala fe se presume desde la demanda, sino como un resultado del cuasi-contrato que nace del pleito y de la contestación; es decir, debe conservar la cosa á los resultados del juicio. Es por esa razón que no responde, como el poseedor de mala fe, de los deterioros ó pérdidas ocurridos sin su culpa.

El poseedor de buena fe que contesta la demanda no puede ser considerado moroso, porque al resistirse á entregar la cosa, no hace sino sostener lo que cree su derecho, pues como dice la l. 63, tít. 17, lib. 50, Dig., «aquel que alega de buena fe, porque no cree deber lo que se le demanda, no se considera que está en mora de pagar».

La *negligencia* se debé juzgar, no por principios generales ni por la capacidad del reivindicante, sino tomando por base el cuidado que el poseedor pone en sus propias cosas; será siempre una cuestión de hechos.—Comp. MOLITOR, *Reivindicación*, n.º 19. DEMANTE, II, § 385 bis, VI, dice: «la demanda es una advertencia para que se abstenga de ejercer actos de propietario, pues que su derecho está en cuestión. Si durante el juicio percibe los frutos debe tenerlos en reserva para restituirlos con la cosa, si el juicio viene á reconocer el derecho del demandante». Y es así como se puede explicar que los frutos sean del poseedor demandado, si la demanda se retira, sea por renuncia ó transacción, pues continuará siendo poseedor de buena fe, porque no la ha perdido.—Comp. AUBRY y RAU, § 219, letra c. MAYNZ, § 205, obs. 2. FREITAS, art. 3991. GOYENA, art. 429. CÓD. DE CHILE, art. 907, n.º 3. — Véanse arts. 584, 1532, 1833, 2435, 2438 y 2439.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2433. — El Cód. de Austria, art. 338, declara: Que el poseedor de buena fe que ha sido condenado por sentencia á



lidad del poseedor por los frutos percibidos, no es porque cese la buena fe, que puede continuar aun á pesar de la demanda, sino

restituir la cosa, debe ser considerado como poseedor de mala fe desde el día en que se le hizo saber la demanda, resolución que no puede fundarse en razones jurídicas. La opinión de los autores es muy varia. Pothier trata largamente la materia en el *Tratado de la propiedad*, parte 2ª, cap. 1, §§ 3 y 4. — Lo mismo Aubry y Rau, § 219. Nosotros seguimos á Molitor en su *Tratado de la reincindicación*, n° 19. Para fundar el artículo basta presentar las condenaciones que debe sufrir el poseedor de mala fe, que no pueden ser aplicables al poseedor de buena fe condenado á restituir la cosa.

Si el poseedor ha hurtado la cosa, ó es un violento poseedor, está obligado por la pérdida fortuita, aunque esta pérdida la hubiese también sufrido el propietario si la cosa no hubiese salido de su poder; y á más, está obligado por todos los frutos que el propietario hubiese podido obtener de la cosa.

Si se trata de un poseedor de mala fe, pero cuya posesión no es violenta, ni furtiva, después de la demanda que lo constituye en mora, este poseedor, está obligado como el poseedor precedente, salvo que no es de su cargo la pérdida fortuita de la cosa, sino en el caso en que ella no hubiese perecido, si se la hubiese restituído al propietario.

En cuanto á las obligaciones del poseedor de mala fe, antes que se le intime la demanda, se limitan á la devolución de lo que posee. Si la cosa, antes de la demanda ha perecido sin dolo, no la debe. Debe restituir los frutos existentes y los que ha consumido de mala fe, pero no aquellos que el propietario hubiese podido percibir.

Estas condenaciones, decimos, no pueden pesar sobre el poseedor de buena fe, condenado á la restitución de la cosa. Después de la intimación de la demanda, sin duda que no puede tener esta buena fe que reposa sobre la ignorancia completa del derecho de otro; y debía prever la posibilidad de una evicción. En este sentido es que las leyes romanas dicen que después de la notificación de la demanda, el poseedor de buena fe comienza á ser poseedor de mala fe; pero ninguna ley atribuye á la demanda los efectos de la mora, cuando se trata de un poseedor de buena fe, porque no hay mora sin culpa, y el poseedor de buena fe que se defiende no comete sin duda culpa alguna. Por esto, él jamás responde de la pérdida fortuita de la cosa, mientras que el deudor moroso es responsable de esa pérdida. La Ley Romana misma halla justo que el poseedor de buena fe se defienda. *Nec debet posse ssor propter metum possidendi tenere indefensum jus suum relinquere.* — L. 40, Tit. 3, Lib. 5, Dig. La L. 63, Tit. 17, Lib. 50, Dig., declara positivamente que no hay mora para defenderse de buena fe. *Qui sine dolo malo ad iudicium provocat, non videtur moram facere.*

No es necesario, dice Demante, para impedir la adquisición de frutos, que la buena fe del poseedor haya cesado enteramente. Basta que el vicio de su posesión le haya sido revelado por una demanda en forma. Esta demanda no es, sin embargo, sino una presunción que el demandado puede creer mal fundada, y á la cual podrá oponerse de buena fe. Por esto no se le debe asimilar en todas las relaciones de derecho al poseedor de mala fe, principalmente en cuanto á los peligros de la cosa durante la instancia (n° 385 bis, § 6).

Molitor enseña también que es un error creer que todo poseedor de mala

porque debe tener la cosa á disposición de la justicia, esperando su resolución.

2° *Cesa también la buena fe del poseedor para los efectos del artículo anterior, cuando tuvo conocimiento del vicio de su posesión (art. 2434), y ese conocimiento pudo tenerlo por la de-*

(Art. 2434.) Se ha dicho que la buena fe no desaparece por la demanda, lo que cesa en verdad, es la ignorancia en que estaba de que alguien se atribuyese derechos sobre la cosa; y que si debe restituir los frutos percibidos después de deducida, no es por su mala fe, sino en virtud del cuasi-contrato que la demanda ha venido á crear; por consiguiente, cuando el artículo dice: «que cesa la buena fe del poseedor para los efectos de hacer suyos los frutos percibidos», expresa bien el pensamiento, pues no quiere decir que en el caso de conocer los vicios de su posesión, se le considere como poseedor de mala fe, sino que no hace suyos esos frutos. Y habría existido inconsecuencia en considerarlo como poseedor de mala fe por el conocimiento del vicio y no reputarlo tal, cuando fué demandado por la misma cosa, en que ese conocimiento se adquiere de modo á no dejar dudas. No: lo que el artículo ha querido expresar, es que así como cesan los efectos de la buena fe (para la percepción de los frutos) con la demanda de reivindicación, cesan igualmente con el conocimiento que hubiere tenido de los vicios de su posesión. Y para demostrar que ese es el sentido genuino, basta recurrir á la fuente de donde fué tomado el artículo, indicado por el Dr. Velez-

fe está constituido en mora. Cuando se examinan las condiciones requeridas para que haya mora, se encuentra que sólo hay mora en el poseedor de mala fe que ha contestado á la demanda, y cuando su posesión está viciada por el hurto ó la violencia. Sigue demostrando la proposición. -- Sobre la materia, Maynz, § 205, obs. 1.

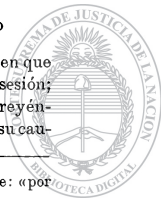
Faltos de la T. C. N. — Aplicación del art. 2433. — No apareciendo mala fe en el demandado, no debe ser condenado éste á la restitución de los frutos anteriores á la demanda, ni á las costas.—XX, 315.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2433. — La responsabilidad del poseedor de buena fe por los frutos percibidos empieza desde la fecha de ésta ó desde aquella en que llegó á su conocimiento el vicio de su posesión. — Jur. Com., VI, 450, Sér. 1ª.

Aun cuando la entrega de la cosa se retarde por culpa del acreedor, el deudor debe los frutos percibidos y pendientes hasta esa fecha, si no cumplió la sentencia depositándolos judicialmente.—Jur. Civ., III, 203, Sér. 6ª.

El poseedor de buena fe de la cosa demandada por acción reivindicatoria, está obligado á la devolución de los frutos desde la fecha de la demanda. — Jur. Civ., VII, 3ª, Sér. 5ª.





manda, por reclamación extrajudicial ó de cualquier modo en que se demuestre que el poseedor ha conocido el vicio de su posesión; por ejemplo, el heredero del depositario que posee la cosa creyéndola de la sucesión, y lee un instrumento público en donde su cau-

Sarsfield en la nota. En efecto, Demante, II, n° 385 bis, VII, dice: «por lo demás, es bien entendido que *si los efectos de la buena fe cesan necesariamente en el momento de la demanda, deberían igualmente cesar antes, si efectivamente el poseedor hubiese adquirido de cualquier manera el conocimiento del vicio de su título*». Y no puede ser de otra manera, porque el artículo se refiere á un poseedor de buena fe, que antes de la demanda conoce el vicio de su título, y en tal caso, no ha dejado de tener buena fe para la prescripción, sólo los efectos de ésta se detienen por decirlo así, para los frutos, que no los hace suyos en adelante, porque en cada percepción necesita buena fe, mientras el que comenzó á poseer de mala fe, no los hace suyos, estando sujeto á la disposición de los arts. 2435, 2437, 2440 á 2442.

No sería posible sostener, que si no hay mala fe en el poseedor demandado por la reivindicación, la hubiera cuando fué notificado extrajudicialmente de los vicios de su posesión. La palabra vicio es tomada en un sentido general, como lo hace Demante, de defecto, nulidad ó causa que anula la enajenación en que se funda la posesión, y aunque se considere en el sentido estricto del art. 2364, que se refiere á la violencia, clandestinidad ó abuso de confianza; no podría entenderse de otro modo, porque se trata de un poseedor que ha comenzado con buena fe, y habría error en considerarlo vicioso, como si él hubiera cometido la violencia ó el abuso de confianza. Este artículo ha sido vivamente atacado por el Dr. Segovia y defendido con calor por el doctor Llerena. La cuestión pierdo de su importancia, si la llevamos al terreno de los hechos con relación á los inmuebles, cuya propiedad no se puede adquirir sin título, y por consiguiente no hay en realidad posesión viciosa desde que el adquirente no ha podido tomarla sin título.

Para ilustrar más este punto, transcribiremos lo dicho por Pothier, que aclara esta materia, teniendo en cuenta que por nuestro derecho basta que los frutos sean percibidos, aunque no estén consumidos para que los adquiera el poseedor de buena fe. «Lo dicho respecto al poseedor de buena fe, que no está obligado por los frutos percibidos y consumidos, se aplica sólo á los casos en que los percibió y consumió durante su buena fe; pero cuando supo antes de la demanda de reivindicación que la cosa que poseía pertenecía á otro, no puede percibir en su pro-



sante se reconoce depositario de él, ha conocido de un modo indudable el vicio de su posesión, y desde ese momento no puede hacer suyos los frutos.

§ 674. — OBLIGACIONES DEL POSEEDOR DE MALA FE

El poseedor de mala fe no merece la protección de la ley, y debe soportar las consecuencias de su conducta, respondiendo no sólo por la cosa y por los frutos, sino aun por los que pudo producir, y no produjo.

Las responsabilidades del poseedor de mala fe, se pueden condensar en las siguientes:

1° *El poseedor de mala fe responde de la ruina ó deterioro de la cosa, aunque hubiese ocurrido por caso fortuito, si la cosa no hubiese de haber perecido, ó deteriorándose igualmente, estando en poder del propietario (art. 2435), como en los casos de terre-*

vecho los frutos de esta cosa.» Como la buena fe se presume, el demandante debe probar que el poseedor conocía los vicios de su posesión, admitiéndosele cualquier género de prueba.—Comp. POTHIER, *Propiedad*, n° 340. FREITAS, art. 3950, § 2.—Véanse arts. 2356 á 2358, 2442 y 4008.

(**Art. 2435.**) Nuestro Código, siguiendo á Freitas, art. 3979, y algunos autores franceses, considera siempre al poseedor de mala fe como deudor moroso, mientras Molitor demuestra con razones incontestables, que la morosidad sólo se puede aplicar al poseedor de mala fe á quien el dueño ha demandado la cosa. En efecto, para que haya mora es necesario: 1°, que exista una obligación; 2°, que el acreedor ó propietario reclame la cosa; 3°, que sin justo motivo el deudor ó poseedor la haya retenido después de la petición de devolución. El poseedor de mala fe no se encuentra en caso de mora hasta el requerimiento judicial. El poseedor con un título vicioso en su forma, que es considerado de mala fe, art. 4009, no debería reputársele moroso hasta que no se le hubiera reclamado la cosa, porque sería considerarlo en la misma categoría que al ladrón ó al expoliador, y por eso el artículo siguiente se ve en la ne-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2434. — Demante, n° 385 bis, § 7.—Proudhon, *Dominio privado*, n° 461.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2434. — Véase fallo al art. 2433. — Jur. Com., VI, 450, Sér. 1°.



moto, inundación ó cosa semejante; pero aun entonces responderá de ellos, si probare que la cosa se hubiera salvado.

2º *Si la posesión fuese viciosa, pagará la destrucción ó deterioro de la cosa, aunque estando en poder del dueño, no lo hubiese éste evitado. Tampoco tendrá derecho á retener la cosa por los*

cesidad de hacer esta diferencia. No reputo justa la disposición del artículo; pero siguiendo sus principios debemos considerar como moroso al poseedor de mala fe, haciendo la distinción á que se presta el artículo anterior; es decir, reputándolo tal, cuando al tomar posesión de la cosa sabía que pertenecía á otro, y esta diferencia se encuentra determinada en los arts. 2272 y 2273, cuando los herederos del comodatario ignoraban que la cosa era ajena y la vendieron, en que sólo deben el precio, mientras pagarán el valor de ella y los perjuicios, si sabían que la cosa era ajena.

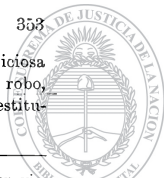
El poseedor de buena fe, que después viene á saber que la cosa era ajena, continúa teniendo la misma calidad y puede prescribirla; sólo cesan los efectos respecto de los frutos que no los hace suyos, mientras no haya prescripto la cosa. Y esto tiene tanta transcendencia, que dándole una interpretación contraria, destruiríamos por su base los principios sobre que reposa esta materia. Así, el que comenzó á poseer de buena fe, y viene á tener conocimiento, sea por la interpelación judicial ó extrajudicial, que la cosa pertenece á otro, no responde de la pérdida ó deterioro causado por caso fortuito; pero el que la comenzó á poseer, sabiendo que era ajena, responderá aun del caso fortuito, á menos de demostrar que la cosa hubiera perecido ó deteriorándose estando en poder del propietario, como en el caso de un terremoto, inundación, etc. Respecto de los frutos, no los deberá cuando se perdieron por caso fortuito, que hubiera aun pesado sobre el propietario. Merlin, explicando los arts. 549 y 550, del Cód. Francés, al que ha seguido el nuestro, dice: «que el poseedor hace suyos los frutos percibidos hasta el día de la demanda ó del conocimiento del vicio de la posesión». — Comp. FREITAS, art. 3979, n° 2. AUBRY y RAU, § 219, nota 16. MERLIN, *Rép.* 1º. *Frutos*, n° 4. TOULLIER, III, n° 110. DURANTON, IV, n° 360. — Véanse arts. 788, 789, 892, 971, 1091, 1094, 2294, 2356, 2431, 2433, 2436 á 2439 y 3426.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2435. — Inst., Lib. 4, Tit. 17, § 2. — L. 5, Tit. 1, Lib. 12. Dig. — Merlin, *Repert. verb. fruits*, n° 4. — Toullier, tomo 3, n° 110. — Duranton, tomo 4, n° 360. — Proudhon, *Domínio privado*, n° 464.

gastos necesarios hechos en ella (art. 2436). La posesión viciosa es la obtenida por estelionato, abuso de confianza, hurto ó robo, y es justo que en castigo de su delito sea condenado á la restitución de la cosa en todos los casos.

(Art. 2436.) La posesión viciosa comprende la obtenida por violencia, clandestinidad, y el artículo se refiere, por consiguiente, al que ejecutó el hecho, y no á los que tomaron la cosa de buena fe y después llegaron á conocer el vicio de la posesión. El que ha tomado una cosa por la violencia, como el que la robó, no se encuentra en mora desde que ejecutaron el acto, como algunos creen, porque no necesitan ser requeridos para su entrega, ni se pueden equiparar al poseedor de mala fe á quien se le considera moroso con poca razón; son personas que han cometido un delito y no deben gozar de beneficio alguno, estando obligados á devolver la cosa en todas las hipótesis y con los frutos producidos ó que pudo producir en mano del propietario, así como todos los daños causados. Es cierto que parece violarse el gran principio de equidad, *nemo cum damno alterius locupletior fieri debet*; pero el ladrón se encuentra en condiciones especiales. ¿Acaso no es más justo suponer que el robado habría enajenado la cosa si el ladrón no se lo hubiera impedido? ¿Por qué no se la restituiría en ese caso? Por eso la ley es más severa y lo hace responsable, siempre y en todos los casos, de la destrucción total ó parcial de cualquier modo que ocurra. El ladrón no puede ser considerado como deudor moroso; por eso Pothier comienza por establecer, que no se libera justificando que la cosa hubiera debido perecer aun estando en poder del dueño. Si la hubiera transferido á otro, su obligación siempre subsistirá como si la poseyere. Pocos son los autores franceses, como Aubry y Rau, que defienden la tesis, de que el ladrón debe gozar del beneficio del deudor moroso; en derecho romano las leyes son terminantes en sentido contrario.

Si la cosa se deterioró ó destruyó en parte, el poseedor vicioso deberá la diferencia del precio entre el valor que tenía la cosa en el momento en que la tomó, y el de la restitución tal como se encuentra; si la cosa ha perecido, deberá el valor que tenía al tiempo de tomarla, más el mayor valor que tuviera á la restitución. Debe considerarse como en caso de evicción, para que jamás se perjudique el propietario. Si la cosa valía 100, cuando fué robada, y vale 80 cuando debe entregarse, se deberán los 100; si por el contrario, valía 80 y á la restitución vale 100, se deberá este precio. No creo que el ladrón goce de un privilegio sobre el vendedor, pues si sólo se le hiciera pagar el mayor valor actual, como lo pro-



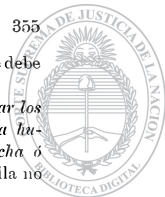


3° Cuando el poseedor de mala fe ha dispuesto de objetos muebles sujetos á la restitución como accesorios del inmueble, está obligado á bonificar al propietario el valor íntegro, aunque él no hubiese obtenido sino un precio inferior (**art. 2437**); porque ha dispuesto de esas cosas sabiendo que no le pertenecían, y es justo

ponen algunos, resultaría que valiendo 100, cuando la tomó, y siendo su valor de 50, al tiempo de la restitución, vendría á quedar beneficiado. Si la cosa hubiera sido asegurada y se ha destruído, el reivindicante puede recoger el seguro, reclamando contra el poseedor vicioso por lo restante. El poseedor vicioso no goza del derecho de retención por los gastos necesarios, porque ese es un privilegio que no puede acordarse al que cometió un delito ó un acto ilícito; no obstante, puede cobrar aquello en que el propietario se enriqueció con los gastos hechos por el poseedor.—Comp. FREITAS, arts. 3982 y 3983, § 1. LAROMBIÈRE, IV, al art. 1302, n° 14. COLMET DE SANTERRE, V, n° 259 bis, POTHIER, I. c., n° 664, y TOULLIER, VII, n° 468.—Véanse arts. 1091, 1092, 2364, 2435 y 2440.

(**Art. 2437.**) La reivindicación tiene por objeto hacerse restituir la cosa *cum omni sua causa*; es decir, sus accesorios y acciones, así como con la reparación de los daños; porque restituir es no sólo entregar todo lo que el reivindicante habría tenido, si la cosa hubiera estado en su poder, sino también todo el daño sufrido. Cuando son cosas muebles, accesorios del inmueble reivindicado, el propietario tiene dos acciones: ir contra el poseedor que las adquirió, exigiéndole el título de su posesión, con arreglo al art. 2415, ó dirigir su acción contra el poseedor del inmueble que la enajenó; en este caso debe entregar no el valor recibido, sino el que la cosa tenía en el momento de la enajenación, con más el aumento que pudiera tener al tiempo de la entrega. Aubry y Rau, § 219, letra c. de donde fué tomado el artículo, dicen: «así como la bonificación de los productos ó emolumentos del inmueble, y la reparación de los daños que el propietario hubiera podido evitar, si él la hubiese poseído», y así debe entenderse por nuestro derecho. En cuanto á la restitución, el poseedor de mala fe se encuentra en las mismas condiciones que el poseedor vicioso, con la sola diferencia que éste responde de la cosa en todos los casos, así como de los frutos que ella pudo producir en manos del propietario.—Véanse arts. 2273, 2415, 2435, 2779 y 2780.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2437. — Aubry y Rau, § 219, letra C.



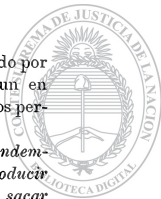
que las pague por el valor que tenían en el momento en que debe restituirlas, si valían más que cuando dispuso de ellas.

4° *El poseedor de mala fe está obligado á entregar ó pagar los frutos de la cosa que hubiese percibido, y los que por su culpa hubiera dejado de percibir, sacando los gastos de cultivo, cosecha ó extracción de los frutos (art. 2438);* porque el dueño de ella no

(Art. 2438.) El poseedor de mala fe no es el que tiene una posesión con *vicio*, aunque muchas veces se confundan indebidamente, es el que conoce el defecto de su posesión, pero que no ha cometido un acto ilícito, ni un delito para obtenerla, como el que compró la cosa sabiendo que el vendedor no era capaz, su responsabilidad en este caso se limita á devolver la cosa con los frutos percibidos y los dejados de percibir por su negligencia, y que el propietario habría recibido. No se trata de hacer *producir* la cosa trabajándola ó haciéndola trabajar, como lo habría podido ejecutar el propietario mismo, sino de seguir la regla del derecho romano, haciéndolo responsable de los frutos que no percibió por su culpa. Así, dice la ley 62, tit. 1, lib. 6, Dig.: «aquel que reivindica un buque de un poseedor de mala fe, puede hacer estimar los frutos que han sido ó podido ser percibidos, como se ha dicho respecto de una posada ó de un campo que se acostumbra alquilar»; refiriéndose á los frutos civiles de la cosa, y quedando comprendidos los que naturalmente produce, como si fuera una viña y dejase de recogerse la cosecha, por eso dice la l. 65, título y libro citado: «en la acción de reivindicación se debe hacer entrar en la liquidación de los frutos, no solamente aquellos que *provieneu de las cosas que llevan frutos*, sino también de los que no se puede tener sino un simple uso»: es decir, los frutos naturales y los civiles.

En este artículo se habla de las cosas que llevan frutos, en el siguiente de los civiles. La fórmula general es, el poseedor de mala fe debe los frutos percibidos, y los que no percibió, pero que el propietario hubiera recibido si no hubiese sido privado de la cosa. Se trata de cosas susceptible de producir frutos naturales ó civiles, porque si no fuera así, como si se restituyese la nuda propiedad, el poseedor de mala fe no tendría frutos que restituir.

No hay frutos, sino después de pagados los gastos necesarios para producirlos. El poseedor de mala fe no debe los frutos que dejó de percibir, porque la cosa hubiera perecido por caso fortuito, aunque debiera restituirla como en la hipótesis del art. 2435; ni tampoco los deberá cuando habiéndolos recogido hubieran perecido con la cosa por caso fortuito,



debe enriquecerse á costa de otro. Si la cosa hubiera perecido por caso fortuito, no debe pagarla cuando hubiese perecido aun en poder del dueño; pero eso no le excusará de pagar los frutos percibidos.

5º El poseedor de mala fe *está igualmente obligado á indemnizar al propietario de los frutos civiles que había podido producir una cosa no fructífera, si el propietario hubiese podido sacar un beneficio de ella (art. 2439)*; porque debe responder de cual-

estando aun en poder del propietario; el Dr. Llerena sostiene también esta opinión, pero no creo como él, que para juzgar de la indemnización se deba tomar en cuenta la productibilidad de la cosa, y lo que habría producido administrada por un buen padre de familia, porque se debe tomar en cuenta sólo el valor locativo de la cosa, cuando se trata de frutos civiles, ó la importancia de los frutos que por su culpa dejó perder, como en el ejemplo propuesto.

No creo que el poseedor de mala fe esté obligado á trabajar y hacer producir la cosa, ni responda por los frutos que el reivindicante hubiese podido obtener por su industria y actividad personal. El tipo del buen padre de familia ha desaparecido en nuestro derecho. El poseedor por hurto ó robo no debe sacar los gastos de cultivo, cosecha y extracción de frutos, como lo enseña Freitas, art. 3981, pues el que comete un delito ó un acto ilícito, debe sufrir las consecuencias de él: — Comp. AUBRY y RAU, § 219, texto á la nota 17. DEMOLOMBE, IX, nº 586. FREITAS, art. 3979, nº 1. CÓD. DE CHILE, art. 907. GOYENA, art. 431, l. l. 1, 33 y 62, tit. 1, lib. 6, Dig.— Véanse arts. 788, 971, 1091, 2273 y 2440.

(**Art. 2439.**) Trátase de los frutos civiles que la cosa produce y como el anterior se aplica á los naturales; así, cuando no he alquilado la casa usurpada, ó si la he habitado yo mismo, deberé los arrendamientos, como si dejé de alquilar los animales sirviéndome de ellos, y la razón es, dice Pothier, que el poseedor de mala fe contrae, por el cono-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2438. — L. 40, Tit. 28, Part. 3ª. — La L. 39 al fin, y la L. 4, Tit. 14, Part. 6ª. — Inst., Lib. 4, Tit. 17, § 2, y Lib. 2, Tit. 1, § 35. — LL. 33 y 62, Tit. 1, Lib. 6, Dig.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2438. — La obligación del causante, de devolver los frutos, pasa á sus herederos, sin perjuicio de justificar que aquel no los había percibido. — Jur. Civ., XIII, 107, Sér. 4ª.

El comprador que no justifica haber tenido la posesión, carece de derecho para reclamar como propios, á los terceros que ocupaban el fundo, los frutos civiles que hayan producido. — Jur. Civ., III, 22, Sér. 5ª.



quier perjuicio, y el propietario tiene derecho para que se le entreguen todos los beneficios que habría recibido, si la cosa hubiese estado en su poder.

§ 675. — DERECHOS DEL POSEEDOR DE MALA FE

Si bien la ley castiga con razón la mala fe, y obliga al poseedor á restituir la cosa con sus frutos, también le concede ciertos derechos, fundándose en la máxima de equidad, de que nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro, así, puede usar de los derechos siguientes:

1° *El poseedor de mala fe tiene derecho á ser indemnizado de los gastos necesarios hechos en la cosa, y puede retenerla hasta ser pagado de ellos. De este beneficio no goza el que hubiese hurtado la cosa (art. 2440).* La retención crea un privilegio en favor

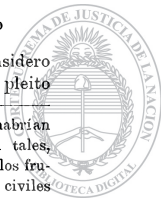
cimiento que tiene de que la cosa no le pertenece, la obligación de entregarla al propietario, y de satisfacerle los daños é intereses resultantes de su obligación, en los que están comprendidos los frutos de la cosa que el propietario ha dejado de percibir. Freitas, art. 3980, siguiendo á Demolombe, IX, n° 587, dice: la obligación de pagar al propietario los frutos percibidos, no es extensiva á los extraordinarios que el poseedor obtuviese, sólo por motivo de su industria especial, inteligencia ó actividad; pero esto será una cuestión de hecho que los jueces resolverán, examinando si el propietario no hubiera podido obtener provecho alguno. — DEMANTE, II, n° 384 *bis*, II, ll. 62 y 64, tít. 1, lib. 5, Dig. DEMOLOMBE, l. c.

Aubry y Rau, § 219, texto á la nota 17, dicen: deberá la restitución de los frutos que hubieran sido percibidos por los terceros á quienes transmitió la cosa usurpada, y así debe considerarse por nuestro derecho.

(**Art. 2440.**) Los gastos necesarios son aquellos sin los cuales la cosa habría perecido ó deteriorádose, y se deben aunque hubieran dejado

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2439.—LL. 62 y 64, Dig. *De reivind.* El poseedor de mala fe, dice Demante, está obligado *ex delicto* á indemnizar al propietario de todo daño que le hubiere causado su indebida posesión.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—*Aplicación del art. 2439.*—Si se reconoce la obligación de abonar los frutos de la cosa, durante un período determinado, no procede la condenación al pago de los intereses del capital que la misma representaba.—Jur. Civ., XIII, 415, Sér. 4°.



del poseedor de mala fe, en caso de concurso, y no considero justo que se le autorice á retener la cosa, promoviendo pleito

de existir, á no ser por caso fortuito, si no probase que aun habrían perecido en poder del dueño; pero los gastos útiles no son tales, si no existen. El poseedor de mala fe debe restituir las cosas con los frutos percibidos, ó que por su culpa dejó de percibir, así como los civiles que habrían podido producir una cosa no fructífera; en una palabra, su mala fe lo hace considerar que ha poseído para el propietario, sin poder utilizar cosa alguna; de esta posición natural viene la necesidad, de que se le paguen los gastos de conservación y los impuestos que gravan la propiedad, pues, como dice Zachariæ, § 295, al fin: «el que aprovecha de los frutos de una cosa debe soportar los gastos que se han aplicado á la producción de esos frutos», y el impuesto como la conservación son una carga para el que tiene el goce, y como pertenece al propietario, desde que el poseedor de mala fe debe pagarlos, de ahí la necesidad del reembolso. El poseedor de buena fe que goza de la cosa debe pagar esos gastos inherentes al goce, habiendo una perfecta consecuencia en ambas disposiciones. La regla de equidad es, nadie debe enriquecerse con daño de otro, y el propietario se enriquecería á costa del poseedor de mala fe, á lo que se agrega, que si aquel hace suyos los frutos debe pagar los gastos hechos para producirlos, y como dice Demolombe, IX, n° 589, siguiendo á Duranton, IV, n° 349: la regla de equidad aplicable á los gastos relativos á las cosechas debe serlo á los impuestos, que son una especie de frutos pasivos que disminuyen los frutos activos.

El privilegio de retención para ser pagado de los gastos necesarios, no alcanza á los gastos útiles ni puede invocarlos el poseedor vicioso, aunque en este artículo parece limitarse al que hurtó la cosa; sin embargo, debe tomarse como regla general el art. 2436. Los cómplices del poseedor vicioso no deben ser privados del beneficio de retención, porque las prohibiciones son restrictivas y el art. 2436 sólo la niega al que ha cometido el delito ó el acto ilícito.—Comp. GOVENA, art 432. Cód. DE CHILE, arts. 908 y 909. FREITAS, art. 3983. MAYNZ, § 206. Texto á las notas 13 y 21, l. 5, tít. 32, lib. 3, Cód. ROMANO.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2440.—L. 44, Tít. 28, Part. 8ª.—L. 5, Tít. 32, Lib. 3, Cód. Romano.—En cuanto á la segunda parte, véase Maynz, § 205, nota 21. La culpa del poseedor de mala fe consiste en detener indebidamente el inmueble ajeno; pero haciendo en ese inmueble reparaciones necesarias para que no perezca, no se puede decir que comete culpa alguna.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2440.—La condenación á restituir ganado ajeno y á pagar daños y perjuicios é intereses impuestos á un deten-



sobre los gastos necesarios, prolongando indefinidamente la entrega.

2º *El poseedor de mala fe puede repetir las mejoras útiles que hayan aumentado el valor de la cosa hasta la concurrencia del mayor valor existente* (art. 2441, 1ª parte), porque no tendría derecho alguno si no existieran. El mayor valor debe tomarse, estimándose por el que tenía la cosa en el momento de la entrega. *Estas mejoras son compensables con los frutos percibidos ó que hubiere podido percibir* (art. 2441, 2ª parte), siendo cuestión de hecho la de averiguar cuáles fueron sus frutos y su importancia. *Pierde las mejoras voluntarias, pero puede llevarlas, si al hacerlo no causase perjuicio á la cosa* (art. 2441, últ. parte).

(Art. 2441.) El poseedor de mala fe está equiparado al vicioso, respecto á los gastos necesarios, que no deben confundirse con los de conservación, en cuanto ambos pueden reclamarlos; pero se diferencian en que el de mala fe puede retener la cosa hasta que se le paguen y cobrarlos aunque hayan dejado de existir por caso fortuito, siempre que pruebe que habrían perecido aun en poder del dueño; mientras el vicioso los pierde y no tiene el derecho de retención.

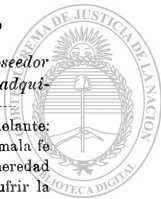
En cuanto á las mejoras útiles que sólo se pueden repetir hasta el mayor valor existente, si no excede el costo de ellas, pero sólo con el objeto de compensarlas con los frutos que deba restituir; si pasaren el valor de esos frutos ó si no los debiere, el dueño no las abonará. «Si se invoca la regla, que nadie debe enriquecerse con daño de otro, dice Pothier, el propietario puede replicarle, que la equidad no le permite obligar al propietario contra su voluntad, á hacer gastos que no quería hacer, y que al hacerlos en una propiedad ajena, sabía que no tenía derecho á cobrarlos; que si sus gastos no le son reembolsados no puede quejarse, pues es por su culpa que los hizo, según la máxima: *id quod*

tador injusto con la cláusula de *descargarse en su favor la mayor estimación de la mejora del ganado en la época de la entrega*, supone el caso de que la mejora no exceda el valor de los daños y perjuicios é intereses.—IV, 413.

Esa cláusula tiene por objeto minorar la deuda del condenado, y no convertir la condenación en un título de adquirir.—IV, 413.

Si por consiguiente, el valor de la mejora excede el de los daños y perjuicios é intereses, el saldo á favor del condenado debe darse por cancelado.—IV, 413.

La mejora citada debe entenderse por lo que procede del aumento de gordura del ganado, y después de la sentencia condenatoria, y no la que procede de una suba de precio en el mercado.—IV, 413.



3° *El propietario para exigir el pago de los frutos al poseedor de mala fe, no necesita probar su mala fe al tiempo de la adqui-*

quis sua culpa damnum sentit, non videtur sentire», y agrega más adelante: «si el propietario no está obligado á reembolsar al poseedor de mala fe las impensas útiles hasta la concurrencia de la suma en que la heredad haya aumentado de valor, al menos no puede dispensarse de sufrir la compensación hasta la concurrencia con la suma de los frutos que le sea debida por este poseedor, porque se reputa que el propietario ha tomado su precio hasta la debida concurrencia, por el empleo que ha hecho de ellos mejorando la propiedad», y esta es la doctrina que el artículo consagra. La ley concede al poseedor de mala fe el derecho de sacar las mejoras útiles si no perjudican la cosa y la dejan como la tomó, acordándole al propietario el derecho de pagarlas por lo que costasen una vez separadas, ó á oponerse á que se saquen cuando el poseedor no recibiere provecho, art. 1620.

Son mejoras ó gastos voluntarios los que se hacen para comodidad del poseedor, y bien pueden dar un gran valor á la cosa, como los frescos pintados en las paredes por pintores célebres; pero si son cosas que pueden sacarse dejando el edificio como lo recibió, y resultare algún provecho para el poseedor, puede sacarlos, y el propietario si quiere conservarlos pagará lo que valiesen una vez separadas. Por lo demás, como dicen Aubry y Rau, § 219, letra c, no se deben confundir con las simples mejoras, las construcciones nuevas, que están sujetas por nuestro derecho á lo dispuesto en los arts. 2587 á 2589.—Comp. DEMOLOMBE, IX, n° 687. POTIER, *Propiedad*, n° 350. AUBRY y RAU, l. c. LAURENT, VI, n° 177, y CÓD. DE CHILE, art. 910.—Véanse arts. 1620, 2120, 2427, 2439 y 2589.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2441.—L. 41, Tit. 28, Part. 3°. Vers. *Empero*.—Demolombe, tom. 9, desde el n° 682.—Aubry y Rau, § 219, letra E. Hablamos en el artículo del *mayor valor* que la cosa tenga al devolverla al propietario: es decir, que si las mejoras útiles ó las reparaciones necesarias han perecido por cualquier causa, el propietario no está obligado á los gastos que hizo el poseedor. Es verdad que para apreciar si un acto de gestión ha sido útil, se le considera en la época en que ha tenido lugar; y si en efecto, en esa época la gestión ha tenido lugar, si la reparación ha sido necesaria, el dueño de la cosa está obligado desde ese momento; y la pérdida ulterior de la obra reparada, por caso fortuito, no puede tener por resultado librarlo respecto del gerente. L. 10, Dig. *De negot. gest.* Pero no se trata de un mandatario, ni de un gestor de negocios. El poseedor, en el caso del artículo, ha hecho mejoras ó reparaciones sobre una cosa que miraba como suya; las ha hecho para él, y por su solo interés. Desde entonces, la única obligación del propietario que vuelve á tomar su cosa, de no enriquecerse con lo ajeno, no puede tener lugar, porque la obra ya no existe. La Ley Romana hacía una diferencia entre el



sición de la posesión, y le basta probar su mala fe sobreviniente (art. 2442); porque hace suponer que la tuvo al principio; pero

(Art. 2442.) Se ha dicho que para la prescripción de la cosa se necesitaba la buena fe en el momento de adquirirla, y que esta no desaparece para la prescripción por el conocimiento posterior del vicio; que se necesitaba igualmente buena fe en cada percepción de frutos; consecuente con esos principios, el reivindicante para reclamar la restitución de los frutos, no tiene necesidad de probar la mala fe en el momento de la adquisición de la cosa, le bastará demostrar que ha sido sobreviviente; pero esto no importa decir, que la mala fe de un año, pruebe la de los años anteriores, sino que se supone. Desde que cada percepción de frutos se reputa una posesión completamente independiente; si tuvo buena fe en la que hizo en Septiembre de 1896, y no la tuvo en la de 1897, esto no sería suficiente para demostrar que tenía mala fe en 1890 cuando entró á poseer la cosa; pues sería ir contra todos los principios del derecho. No creo, pues, que la mala fe sobreviviente arguya su persistencia, ni que se equipare á la inicial, sino en los casos de falta de prueba. Y, como tratándose de la mala fe para prescribir, es necesario demostrar que existía en el momento de la adquisición, nada valdría probar la superviniente; así, para privar de los frutos al poseedor, bastará demostrar la mala fe en una percepción, á menos de prueba contraria por el poseedor; por ejempl. pudo saber al principio que la cosa pertenecía á B, y comprársela, entonces ha vuelto á tener buena fe. de modo que cuando se la reclama A, no se puede decir que la haya perdido.

Téngase presente que cuando hablamos de mala fe, lo hacemos por seguir la terminología del artículo, porque como lo dijimos en el art. 2433, no hay en realidad mala fe, porque sepa que otro pretenda como suya la cosa, sino simple conocimiento de esa pretensión, y basta ese conocimiento para que no adquiera los frutos.—FREITAS, art. 3987. Cód. DE CHILE, art. 913.— Véanse arts. 2358, 2423, 2433, 2434 y 2443.

poseedor de buena fe y el poseedor de mala fe... *Plane potest in eo differentia esse ut bonæ fidei quidem possessor omnimodo impensas deducat, licet res non existet in quam fecit, sicut tutor vel curator consequuntur; prædo autem non aliter quam si res melior sit. L. 38, Dig. De heredit. petit.*

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2441.—*No puede alegar buena fe el extraño reconocido heredero por testamento, si conocía la existencia de herederos forzosos, y debe, en consecuencia, restituir los bienes y sus frutos, sin perjuicio de cobrar las mejoras que justifique haber construido á su costa.—Jur. Civ., XII, 14º, Sér. 4ª.

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2442.—*Véase fallo al art. 2438.—Jur. Civ., III, 22, Sér. 5ª.



el poseedor puede demostrar lo contrario, y sólo devolverá los frutos desde que tuvo conocimiento del vicio de la posesión.

1º *No siendo posible determinar el tiempo en que comenzó la mala fe, se estará al día de la citación al juicio (art. 2443, en vez de 2443);* pero no es porque se juzgue que desde ese momento ha tenido mala fe, sino porque debe conservar la cosa con sus frutos, hasta la decisión judicial.

Las disposiciones anteriores sólo comprenden la devolución de los frutos; pero con relación á los productos que disminuyen la cosa misma, se atenderá á la disposición siguiente (art. 2444):

(Art. 2443.) Todos estos artículos hablan de la mala fe, cuando en realidad se refieren al conocimiento de las pretensiones del que se cree dueño de la cosa, y en que comienza para el poseedor la obligación de restituir los frutos. Así, cuando este conocimiento ha llegado al poseedor sin que se pueda determinar la fecha, se estará al día de la citación. La mala fe es la persuasión completa de que la cosa es de otro, y aunque raras veces puede separarse del momento de la adquisición, porque en la posesión con un título translativo de la propiedad constará en el título mismo, sin embargo, puede ocurrir cuando se ha adquirido la cosa por medio de apoderado. y no se tiene el título; sabiendo posteriormente que el título no existe, ó que es nulo; pero nuestro artículo no habla de esa mala fe, sino del conocimiento de la reclamación por demanda, que se extiende sólo á la percepción de frutos independiente de la reivindicación. — FREITAS, art. 3931. — Véanse arts. 2433, 2434 y 2442.

(Art. 2444.) Son frutos de una cosa los que ésta produce ordinariamente sin alterar su substancia: mientras los productos son los que la cosa no está destinada á producir, y son por decirlo así, una parte desprendida de la cosa misma. Y aunque respecto de los frutos, la posesión del poseedor de buena fe, es mejor que la del de mala fe, el artículo los coloca en la misma línea con relación á los productos, para que guarde consecuencia con el art. 2431, en que el poseedor de buena fe responde por los deterioros hechos, sólo por el provecho recibido; es necesario entender este artículo en ese sentido. Así, cuando se dice, que tanto el poseedor de buena fe como el de mala fe deben restituir los productos obtenidos de la cosa, se debe entender: que el poseedor de buena fe no estará obligado á esa restitución, cuando la cosa estaba destinada por el anterior propietario á dar esos productos, como si fuera una cantera ó mina en explotación la que se hubiera comprado, pero cuando el poseedor de buena

tanto el poseedor de mala fe como el poseedor de buena fe, deben restituir los productos que hubieren obtenido de la cosa, que no entran en la clase de frutos propiamente dichos.

fe hubiera sacado productos de la cosa, abriendo minas ó canteras ó destruyéndola de cualquier manera, sólo estará obligado por el provecho recibido, pues ha dispuesto de lo que era suyo, y no sería justo que si no responde por la destrucción de un monte para hacer un parque, sin haber sacado beneficio, respondiera por las piedras extraídas sin haber recibido provecho. Si diéramos al artículo otro alcance, destruiríamos la regla del art. 2431, fundada sobre una base de justicia y equidad, que sólo puede tener su excepción cuando se trata de los herederos del poseedor, arts. 2212 y 2272.

En derecho francés no hay una disposición análoga á la del art. 2431, y por eso se admite de una manera absoluta la devolución de los productos y sólo Marcadé, al art. 549, n° 2, combate esta opinión. Freitas, art. 3961, propone que los frutos como los productos, correspondan al poseedor de buena fe, lo que se realiza en nuestro caso, cuando la cosa se había destinado á una explotación determinada.—Comp. AUBRY y RAU, § 219, letra c, texto y nota 33. DEMOLOMBE, IX, n° 622, y XIII, n° 47.—Véanse arts. 2329, 2429 y 2431.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2444.—Aubry y Rau, § 219, letra C. Como, por ejemplo: la piedra que hubiesen vendido de la heredad, lo que hubiesen obtenido de minas, canteras, etc., que no estaban abiertas cuando entraron en posesión; los árboles que hubiesen cortado que no eran de bosque de corte; la mitad del tesoro reservado al propietario del fundo en que se ha encontrado, y aun la totalidad del tesoro que ellos hubiesen descubierto por diligencias hechas con este objeto, etc., etc. Si el poseedor de buena fe está autorizado á hacer suyos los frutos que ha percibido, es sólo por un beneficio que no puede extenderse á objetos que no tienen el carácter de frutos.

Los juriconsultos, dice Demolombe, distinguen los frutos propiamente dichos de los otros productos. Llaman frutos lo que la cosa produce sin alteración de su substancia; los que está destinada á producir por su naturaleza misma, ó por voluntad del propietario. Los productos son al contrario lo que la cosa no está destinada á producir, y cuya producción no es periódica ni tiene regularidad alguna. Los productos no son sino una porción desprendida de la substancia misma de la cosa, tales como las piedras extraídas de canteras que no se explotan.



CAPÍTULO V

DE LA CONSERVACIÓN Y DE LA PÉRDIDA DE LA POSESIÓN

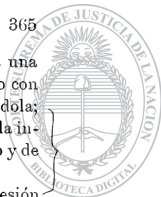
§ 676.—DE LA CONSERVACIÓN POR SÓLO EL ÁNIMO

Hemos dicho que para adquirir la posesión no era suficiente la sola voluntad de poseer, es necesario acompañarla de un acto material que nos ponga en presencia de la cosa, y nos dé la posibilidad física de tomarla; en ciertos casos bastaría con la simple vista, que unida á la voluntad nos haría adquirir la posesión.

Una vez adquirida, para conservarla no se necesita de medios exteriores ó de hechos materiales que exterioricen nuestra voluntad; porque *la posesión se retiene y se conserva por la sola voluntad de continuar en ella, aunque el poseedor no tenga la cosa por sí ó por otro (art. 2445, 1ª parte)*. Así, aunque dejemos el campo

(**Art. 2445.**) La posesión de los inmuebles que se conserva por la intención, es aquella que es la consecuencia de un título translativo del dominio, y no cuando se toma sin título; porque ésta necesita de la ocupación constante, que es su único título; una vez que ésta desaparece, la posesión se pierde, no se interrumpe en el sentido legal. El artículo concede un privilegio, por decirlo así, al que adquirió una cosa raíz con título para poseerla con la simple vista, y continuar poseyéndola por la sola voluntad; privilegio que no puede gozar el que no es dueño, y necesita de actos constantes de dominio que demuestran la voluntad permanente de adquirirla para sí. Y una de las razones de esta diferencia la da Laurent, diciendo: «el dueño nada tiene que adquirir, él sólo quiere conservar... mientras el poseedor pretende adquirir la propiedad poseyéndola; por consiguiente es necesario que posea, es decir, que haga actos de posesión». Aceptar la doctrina contraria sostenida por algunos,



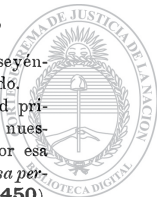


ó la casa abandonada, ausentándonos del lugar sin que haya una persona encargada, mientras la cosa no sea tomada por otro con ánimo de poseerla para sí ó para otro, continuamos poseyéndola; idea que el jurisconsulto Paulo expresa diciendo: « por la sola intención continuamos poseyendo nuestros bienes de invierno y de verano, aunque los abandonemos en ciertas estaciones ».

Y no es necesario que la voluntad de conservar la posesión se manifieste de una manera positiva ó formal, ni aun de probar la existencia de la voluntad después del primer acto; porque cuando una persona duerme, es evidente que durante el sueño es incapaz de voluntad, ó cuando el poseedor pierde la razón, es indudable que mientras no se le ponga curador, ha conservado la posesión; y este principio se manifiesta con más claridad en el caso del art. 3410, en que el heredero entra en posesión de la herencia, aun ignorando la apertura de la sucesión; por consiguiente, *la voluntad de conservar la posesión se juzga que continúa mientras no se haya manifestado una voluntad contraria* (art. 2445,

daría un resultado singular y extraño, bastaría entrar sin título, á poseer un campo ó una casa con ánimo de adquirirla, aunque después la abandonara para que la posesión continuara y diera los resultados de prescribirla; un acto sólo haría adquirir por 30 años la propiedad desocupada. ¡Esto si que sería un semillero de pleitos! No: la posesión sin título, sólo conduce á la prescripción adquisitiva cuando es *continua* y tiene esta calidad, cuando hay una serie de actos seguidos ó aproximados que demuestren la intención de continuar poseyéndola; así, dice Troplong: « si suponemos que el poseedor no tiene título de propiedad é invoca la posesión como medio de despojar al propietario, la regla de que la posesión se mantiene sólo *animo* deberá ser aplicada con más reserva. Sin duda no se le exigirá que vaya todos los días sobre la heredad contestada, que todos los días y en todos los instantes la ocupe corporalmente... pero se debe exigir que su posesión sea bastante sostenida, etc.» — Comp. LAURENT, XXXII, n.º 268 á 270. TROPLONG, *Prescripción*, al art. 2229, n.º 337. MOURLON, *Repeticiones*, III, n.º 1809. POTHIER, *Posección*, n.ºs 55 y 56. — Comp. arts. 2352, 2395, 2451, 2454, 2456 á 2459 y 2510.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2445.—L. 12, Tit. 30, Part. 3ª, y L. 50 al fin, Tit. 28, Part. 3ª.—Cód. de Luisiana, arts. 3407 y siguiente.—Pothier, *De la*



2ª parte); á menos que otro no la hubiere usurpado, desposeyéndolo, porque se supone que esa voluntad continúa existiendo.

En la conservación de la posesión basta la voluntad primera al tomarla, para que continúe hasta que haya por nuestra parte un acto exterior que manifieste lo contrario, por esa razón, *mientras haya esperanza probable de encontrar una cosa perdida, la posesión se conserva por la simple voluntad (art. 2450)*, como el que persigue al animal que se ha huido, ó el que ha olvidado dónde guardó una cosa, en que *la posesión no se pierde mientras la cosa no haya sido sacada del lugar en que el poseedor la*

(**Art. 2450.**) La esperanza probable de encontrarla, se refiere á las cosas que se nos han caído en el mar ó en el río, y que después de buscarlas las abandonamos definitivamente; pero no se aplicaría á las demás, en que se conserva. No basta, dice Molitor, que la cosa se haya extraviado momentáneamente, es necesario que esté definitivamente perdida, después de una investigación minuciosa. El poseedor, al perder la esperanza de encontrarla, se reputa que la abandona; el *animus domini* desaparece, por decirlo así, de su voluntad. La posibilidad de ejercer actos de dominio sobre la cosa se ha cambiado en imposibilidad. —Comp. Cód. DE AUSTRIA, art. 352. POTHIER, n° 80. MOLITOR, *Posesión*, n° 4.—Véanse arts. 891, 2457, 2592, 2594 y 2605.

posesión, n° 55.—Maynz, § 172.—Troplong, sobre el art. 2228, n° 263.—Aubry y Rau, § 179, letra B.—L. 4, Cód. Romano, *De adq. poss.*

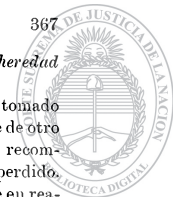
Para conservar la posesión, no es preciso tener una voluntad positiva y formal. Cuando una persona ha perdido el uso de la razón y es incapaz de voluntad, no puede dudarse, que aun antes que se le ponga un curador, conserva la posesión que tenia, pues basta que no se haya manifestado una voluntad contraria. Esta doctrina forma el art. 3407 del Cód. de Luisiana.

Faltos de la S. C. N. — *Aplicación del art. 2445.* — El arrendatario de un campo que, sin conocimiento del locador, compra el campo al Fisco, no cambia la causa de su posesión, y no puede oponer la excepción de inhabilidad del título á la acción ejecutiva del locador por cobro de arrendamientos.—XXVI, 175.

Una vez adquirida la posesión, se conserva por la sola voluntad de continuar en ella, y da derecho para fundar los interdictos posesorios, siempre que se interpongan en tiempo hábil desde la fecha de la perturbación.—LIV, 397.

La posesión se presume continua desde la fecha del título mientras no se pruebe lo contrario. — XI, 62.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2450.—Cód. de Austria, art. 352.



guardó, aunque él no recuerde dónde la puso, sea esta heredad ajena ó heredad propia (art. 2457, 2ª parte).

La posesión se conserva, pues, mientras otro no haya tomado la cosa con ánimo de adquirirla para sí, porque si la posee de otro modo, se considerará como un depositario que recibe una recompensa por sus cuidados; por ejemplo, cuando la cosa se ha perdido.

Si la cosa perdida no ha sido poseída por otro, aunque en realidad no tenemos la posibilidad de disponer de ella, no por eso perdemos la posesión, desde que la buscamos y no la hemos abandonado; lo mismo sucedería, si el que la ha encontrado la conserva para el dueño y no tiene intención de apropiársela. Los arts. 2592, 2594 y 2605, no son una excepción á estos principios, por el contrario los confirman, desde que otro posee las cosas á título de dueño, ó cuando los animales salvajes recobran su libertad, que pertenecen al primero que los toma.

§ 677. — DE LA CONSERVACIÓN DE LA POSESIÓN POR MEDIO DE OTRO

Una vez adquirida la posesión, se conserva no sólo por nosotros mismos, sin un acto exterior que manifieste la intención de continuarla, sino por otros; pero como una posesión extraña podría dar lugar á dudas sobre si nuestra voluntad continúa, la ley ha

(**Art. 2457.**) En el derecho romano se hacía la diferencia entre las cosas que no se han podido hallar, y cuya posesión se consideraba perdida, de las que se han guardado en nuestra casa sin poderlas encontrar, y que las continuamos poseyendo, pues, están en la misma condición de las que han sido sacadas del lugar en que las guardamos. La falta de memoria no puede ser una causa de pérdida de la posesión, pues, como dice Papiniano, si un hombre ha enterrado su dinero para conservarlo, y después no se acuerda donde está, la infidelidad de su memoria no puede quitarle una posesión que otro no ha tomado, sin que importe que lo haya enterrado en su propiedad ó en la de otro; porque éste no lo habría adquirido sino en tanto, que además de la posesión de la tierra, hubiera tomado la del dinero.—L. 44, tít. 2. lib. 41, Dig. POTHIER, n° 80. TROPLONG, n° 270, y FREITAS, art. 4006.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2457.—Pothier, *Posesión*, n° 80.—Trop-
long, sobre el art. 2228, n° 270.



facultado al poseedor para hacerlo por otros que representen sus derechos; así, se posee por medio del inquilino ó arrendatario, usuario ó usufructuario, y aun por aquel á quien temporariamente hemos concedido gratuitamente el uso de la cosa.

Como no había necesidad de ser capaz de tener voluntad para continuar poseyendo, desde que el que ha perdido la razón sigue en la posesión, la ley autoriza á poseer por medio de representantes necesarios; así, los tutores ó curadores poseen para sus pupilos ó curados, mientras éstos no tienen voluntad, el apoderado posee para su poderdante, por eso *la posesión se conserva no sólo por el poseedor mismo, sino por medio de otra persona, sea en virtud de un mandato especial, sea que la persona obre como representante legal de aquel por quien posee (art. 2446)*.

El mandato puede ser expreso, cuando ha tenido por objeto la

(**Art. 2446**). Zachariae, § 283, nota 3. dice: «los miembros de la familia, las gentes de servicio, los locatarios, etc., tienen á este respecto un mandato tácito, para poseer á nombre del dueño», y podemos agregar, que cualquier acto de goce ó de uso de la cosa á nombre del poseedor, sin su protesta, están en el mismo caso. Y lo que puede ser materia de controversia tratándose de la adquisición de la posesión, por medio de un *negotiorum gestor*, en que Pothier niega el efecto retroactivo á la ratificación, no lo es para la conservación, porque basta el ánimo, sin acto alguno para conservarla. Creo que cualquier impedimento ó turbación que se hiciera á las personas que conservan la posesión en nuestro nombre, aunque sea por mandato tácito, daría lugar á un interdicto, así como se consideraría perdida, si un tercero la tomara arrojando á los que tienen la cosa, y sería necesario recobrarla. Aunque el incapaz de tener voluntad no puede adquirir originariamente la posesión, se ha dicho que puede conservarla para sí una vez adquirida; pero no podría hacerlo para otro, á menos de tener voluntad, pues en esas condiciones puede ser mandatario.—Comp. POTHIER, n° 53. TOULLIER, V, n° 706. Cód. DE CHILE, art. 725, y l. l. 9 y 25, tít. 2, lib. 41, Dig. — Véanse arts. 2352, 2394 á 2396 y 2447.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2446.—L.L. 5 y 12, Tít. 30, Part. 3ª.—Cod. Francés, art. 2228. El mandato puede ser expreso ó tácito. Así, los miembros de la familia, la gente de servicio, los locatarios, etc., tienen á este respecto, un mandato tácito ó presunto.—Zachariae, § 283 y nota 3.—Toullier, tom. 5, n° 705.—L.L. 9 y 25, Dig. *De adq. poss.*



continuación de la posesión; puede ser tácito, si otro en nuestro nombre y sin contradecirlo, ejerce actos posesorios, ó en la gestión de negocios. El heredero continúa y conserva la posesión de su causante en virtud de la célebre máxima francesa: *le mort saisi le vif*, es decir, la posesión del difunto pasa sin interrupción á su heredero, antes de que éste tenga conocimiento de la apertura de la sucesión, y no lo hace como una persona extraña, sino como el mismo poseedor; del mismo modo, cuando el inquilino que poseía á nombre del propietario muere, sus herederos continúan en la posesión, y el propietario la conserva por ellos, y si aquellos ignorasen que la cosa pertenecía á otro, la posesión á nombre propio, no perjudicaría al dueño, porque continúan poseyendo como inquilinos en representación de su causante.

La posesión se retiene igualmente, cuando el que tiene la cosa no la conserva para el dueño verdadero, sino para el que posee á nombre del dueño, á quien considera como propietario; porque siendo éste representante del dueño para quien posee, y no pudiendo cambiar por sí mismo la causa de su posesión, el que la tiene en su nombre la posee sin saberlo para el propietario; de ahí es que *la posesión de una cosa se conserva por medio de los que la tienen á nombre del poseedor, no sólo cuando la tienen por sí mismos, sino también cuando la tienen por otros que los creían verdaderos poseedores y tenían la intención de tener la posesión para ellos (art. 2448)*.

En la posesión que se conserva por medio de otro, la sola voluntad del poseedor, no puede alterar la posesión que se le ha

(**Art. 2448.**) Este artículo se funda en la l. 30, § 6, tít. 2, lib. 41, Dig., que dice: «si te he prestado una cosa y tú la prestas á Ticio que te cree el dueño de ella, no por eso dejas de retener la cosa prestada», porque la creencia del poseedor no altera la verdad de los hechos; pero sí el tercer poseedor la ha tomado para sí, porque de ese modo se la transmitiera aquel á quien creía dueño, la posesión se habría perdido.—Comp. POTHIER, n° 61.—Véanse arts. 2352 á 2355, 2446 y 2447.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2448.—Pothier, *De la posesión*, n° 61.—L. 30, § 6, Dig. *De adq. poss.*

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2448.—Véase fallo al art. 2447.—XXVI, 330.



transmitido, y sólo el hecho de un tercero, ó el propio, contestando al propietario su derecho, puede hacerla adquirir, como se dice en la nota 2353, y en estos casos la posesión se pierde sin dar lugar al interdicto, pero sí á una acción reivindicatoria.

§ 678.—DE LA CONSERVACIÓN DE LA POSESIÓN (*continuación*)

Si para adquirir la posesión por medio de otro, era necesario que una voluntad positiva pudiera unirse á la nuestra, pues no podíamos tomarla por intermedio de un loco ó de un menor de diez años; para conservarla no es necesario que exista, desde que la retenemos por el imperio sólo de nuestra voluntad; así, *aunque el representante del poseedor abandonare la cosa ó falleciere, ó éste ó su representante, llegare á ser incapaz de adquirir una posesión* (art. 2447, 2ª parte), no la habríamos perdido, se consideraría que la continuamos por nuestra sola voluntad, pues la ley supone que el *animo dominio* existe, mientras no haya un acto exterior que demuestre lo contrario.

Cuando aquel á quien hemos entregado la cosa para que la posea en nuestro nombre, ejerciera actos de dominio, y tuviera voluntad de poseerla para sí excluyéndonos, sus actos no nos perjudicarán, porque *la posesión subsiste, aun cuando el que la poseía á nombre del poseedor, manifestare la voluntad de poseerla á nombre suyo* (art. 2447, 1ª parte); porque no puede cambiar la

(Art. 2447.) Como la posesión se conserva por la sola intención, cuando el que ha tenido la cosa ha fallecido ó la ha abandonado, el dueño continúa poseyéndola, á menos de una manifestación contraria. Cuando el dueño falleciere, la posesión pasa sin interrupción á sus herederos; aunque en ciertos casos tengan necesidad de pedirla al juez, que sin tenerla en realidad, se la manda dar, conservando así un procedimiento establecido por las leyes de Indias, que ordenaban á los jueces tomar posesión por inventario de los bienes de los fallecidos sin descendientes ó ascendientes, nombrando curadores que los administrasen; lo que al presente no sucede, porque los jueces no toman posesión, y por consiguiente, no pueden dar sino una calidad, no la posesión.

¿Qué sucederá cuando la sucesión es vacante? No habiendo parientes dentro del sexto grado, la posesión la toma el juez y la conserva para



causa de su posesión; pero si esos actos los hiciera en nuestra presencia negándonos la posesión, ó si hubiera adquirido derechos de un tercero que se atribuye la propiedad de la cosa, la habríamos perdido. Cuando el que tiene la posesión en nuestro nombre, como el locatario ó el comodatario fallecieren, por más que sus contratos hubieran terminado por la muerte, sus herederos continúan nuestra posesión, aunque creyesen que la cosa era propia; porque representando la persona de su causante, ó siendo legalmente la misma persona, no han podido cambiar la causa de su posesión, por eso dice el **art. 2449**: *cuando*

el fisco, que en realidad no es heredero, sino dueño de todas las cosas que no lo tienen. Cuando el representante legal, tutor ó curador abandonaren el inmueble del incapaz, la posesión no se habría perdido hasta que el nuevo poseedor no la hubiera tenido durante un año; pero en las cosas muebles, el abandono voluntario hace perder la posesión desde que otro las ha tomado.—Comp. TROPLONG, art. 2228, n.º 265 y sig. POTHIER, n.º 59. WOODON, *Poseción*, n.ºs 272 y sig., y FREITAS, art. 4069, n.º 2 y 3.—Véanse arts. 2353, 2354, 2395, 2449, 2458, 2459, 2526 y 2606.

(**Art. 2449.**) El heredero se considera como el mismo causante, y por consiguiente, continúa poseyendo para el dueño; pero tratándose de

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2447. — L. 13, Tit. 30, Part. 3.ª.—Cód. de Luisiana, art. 3408. — Pothier, *De la posesión*, n.º 59. — Troplong, sobre el art. 2228, nos 67 y 68. (267 y 268). — L. 25, Dig. *De adq. poss.*

Fallos de la S. C. N. — Aplicación del art. 2447. — El arrendatario de un campo, que sin conocimiento del locador, compra el campo al Fisco, no cambia la causa de su posesión, y no puede oponer la excepción de inhabilidad del título á la acción ejecutiva del locador por cobro de arrendamiento. — XXVI, 175.

Nota. — Esta decisión no se puede sostener ante la disposición expresa del art. 2354, en lo que se relaciona con la posesión á nombre propio, habiéndose creado un título nuevo de adquisición: pero se puede sostener respecto del arrendamiento que proviene de un contrato, que el locatario no puede desconocer ni dejar sin efecto. — (N. DEL A.)

El poseedor de buena fe tiene derecho á retener la cosa reivindicada, hasta ser indemnizado del valor, que tasen los peritos, de las mejoras necesarias y útiles. — XXVI, 360.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2447. — El heredero que recibe como de su causante el bien hereditario, se supone que posee para sí, y los que se consideren con derecho por un condominio anterior, deben ejercer sus acciones en tiempo oportuno para interrumpir la prescripción. — Jur. Civ., V, 111, Sér. 4.ª.



aquel por medio del cual se tiene la posesión, muere, la posesión se continúa por medio del heredero, aunque éste creyese que la propiedad y la posesión pertenecían á su autor; pero no sucedería así, cuando un tercero se apodera de la cosa, en cuyo caso habría acción posesoria en su contra, porque nos habría desposeído.

Si el heredero del poseedor creyendo dueño á otro, adquiriese la cosa por cualquier título, comenzando á poseerla para sí, habría adquirido la posesión, porque ya no es por su propia voluntad que ha cambiado la causa; un hecho extraño ha venido á dársela, y se puede ejercer acción posesoria en su contra.

Resulta, pues, que la posesión que conservamos por un tercero continúa siempre, aunque éste la hubiere abandonado ó perdiere su capacidad, ó la quisiera tomar á su nombre, y cuando hubiere fallecido, la continuamos por sus herederos.

§ 679. — DE LA PÉRDIDA DE LA POSESIÓN. — PÉRDIDA DE LA COSA

La posesión de las cosas muebles se pierde por la destrucción cuando es total, pero se entiende que continúa sobre las partes de que se componía.

Cuando se trata de animales vivos, por ejemplo, la muerte

cosas muebles, si creyéndose dueño de ellas las enajenase, el dueño habrá perdido la posesión y aun la propiedad, si el adquirente tenía buena fe. En todo caso la acción posesoria ha desaparecido, porque el propietario no ha sido despojado en el sentido legal de la palabra, y le quedaría sólo la personal contra el enajenante, ó la reivindicatoria en caso de mala fe del adquirente. El abandono del heredero no hará cesar la posesión del dueño, quien la conservará por la sola voluntad, mientras otro no la haya tomado para sí, porque si considerándola perdida el que la tomó, la guardase y la hiciera anunciar por publicaciones, se considerará como depositario. — Comp. POTHIER, n° 62. TROPLONG, l. c., n° 269, y WOODON, n° 266.— Véanse arts. 2352 á 2354, 2447, 2777 á 2779.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2449.—Pothier, *De la posesión*, n° 62. El heredero no puede variar la causa de la posesión en que ha sucedido, y continúa la de su autor con la calidad que ella tenía.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2449.—Véase fallo al art. 2447. — Jur. Civ., V, 111, Sér. 4°.



que nos priva de ellos, no impide que la posesión continúe sobre sus despojos; el que posee un buey que viene á morir, continuará poseyendo el cuero y los huesos; si fuere un reloj cuyas piezas se han separado por completo, la posesión continuará sobre cada una de las partes de que se compone; así, la posesión no sólo se extiende á la cosa que forma un solo todo, sino también á las partes componentes, aunque éstas no presten servicio alguno.

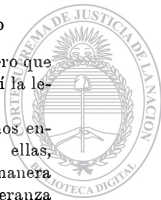
Si las cosas se transforman y continúan en poder del mismo poseedor, no necesitarán de una nueva voluntad para adquirirlas, bastará la voluntad inicial; como si el incapaz de voluntad que poseía la madera hiciera una puerta, continuaría poseyéndola, aunque no la hubiese podido adquirir de otro.

Se puede decir que la posesión continúa bajo otra forma, cuando ha desaparecido la primitiva bajo la que se adquirió, por eso se dice, que *la posesión se pierde cuando el objeto que se posee deja de existir, sea por la muerte, si fuese cosa animada, sea por la destrucción total, si fuese de otra naturaleza, ó cuando haya transformación de una especie en otra (art. 2451)*, aunque en realidad se continúe poseyéndolo bajo la nueva forma.

Cuando un tercero nos ha privado de la posesión de la cosa mueble, no es necesario ocurrir á la transformación para encontrar que hemos perdido la posesión, por eso debemos decir, que este medio de perder la posesión, se refiere en cuanto al objeto

(**Art. 2451.**) El jurisconsulto Paulo, dice en la l. 30, § 4, tít. 2, lib. 41, Dig., «es lo mismo si la cosa poseída cambia de forma, por ejemplo, si alguno se hace un vestido con la lana que yo poseía», á lo que se contesta, con razón, que la posesión se ha perdido, no por la transformación sino por haber salido la cosa de nuestro poder; lo que puede conservarse según los casos de transformación en la propiedad con arreglo á los arts. 2567 á 2570. Se pierde la primera cosa porque ha desaparecido, pero renace en la transformada; en ese sentido hay pérdida de posesión. Cuando se habla de destrucción *total* de una cosa, no se refiere á su completo aniquilamiento, desde que la materia no puede aniquilarse, es sólo con relación á la cosa, formando un ser orgánico ó un todo que nos presta determinado servicio. — Comp. TROPLONG, l. c., 270, n° 5. WOODON, n° 267. — Véanse arts. 2452, 2459, 2567 á 2570, 2604 y 2606.

Nota del Dr. Fdez-Sarsfield al art. 2451. — L. 30, § 3, Dig. De adq. poss.



misimo, considerado en su primitiva forma; si con el género que poseo me he hecho una levita, no poseo el género, pero sí la levita.

Perdemos la posesión, cuando sin destruirse las cosas nos encontramos imposibilitados permanentemente para usar de ellas, como el terreno ocupado por el río ó por el mar de una manera constante, ó las cosas muebles caídas en el mar, sin esperanza probable de recobrarlas. En estos casos, la voluntad que bastaba para conservar la posesión, fundándose en la posibilidad de someterla á nuestro dominio, se encuentra impotente contra la imposibilidad que nos ha privado de ella, por eso se dice: *la posesión se pierde cuando por un acontecimiento cualquiera, el poseedor se encuentra en la imposibilidad física de ejercer actos posesorios en la cosa* (**art. 2452**).

(**Art. 2452.**) Si la imposibilidad fuera momentánea, como una inundación, la posesión se conserva hasta que el acontecimiento cese. Cuando la cosa ha sido destruída por un terremoto ó incendio, la posesión continúa sobre el terreno y los materiales separados. La inhibición ó prohibición de disponer de la cosa, no le hace perder la posesión, porque ejercita todos los derechos anexos, menos el de disposición, á no ser que la justicia la tomase bajo su guarda. Pomponio, en la l. 13, tit. 2, lib. 41, Dig., respondió, que las piedras caídas en un naufragio en el Tíber continuaban perteneciendo al dueño, pero que la posesión se había perdido. Es entendido que si por otro acontecimiento extraordinario el mar ó el río vinieran á desocupar el terreno tomado, la posesión se adquiriría por accesión, y en ese carácter se podrían deducir los interdictos, cuando se tratase de despojo ó de turbación. Maynz, § 172, nota 6, trae el ejemplo de cuando el lugar en que se encuentra la cosa viniera á ser inaccesible, refiriéndose á la l. 13, citada. Por la imposibilidad física en que nos encontramos, se pierde la posesión de los animales salvajes, cuando han recobrado su libertad natural, en que vienen á ser del primero que los tome; pero es necesario que el poseedor los haya abandonado, pues si los persigue ó tiene la esperanza de cazarlos, la posesión se conserva; no sucede lo mismo con los animales domesticados que tuvieren una marca ó señal registrada, porque aun en el caso de no encontrarlos se conserva la propiedad.—Comp. POTHIER, n° 7. WOODON, n° 267. MOLITOR, *Possession*, n° 47, y FREITAS, arts. 4062 y 4070. — Véanse arts. 2451, 2457 y 2510.



La posesión, se pierde por la pérdida de la cosa, sin esperanza probable de encontrarla (art. 2457, 1ª parte); porque mientras se la busca hay la intención, y con ésta se la conserva. Y esto sólo se aplica á las cosas que han salido de nuestro poder contra nuestra voluntad, porque si las hemos guardado ó enterrado, y no nos acordamos donde se encuentran, conservamos la posesión mientras otro no las hubiere tomado.

Cuando las cosas no son susceptibles de ser poseídas por los particulares, porque entraren á formar parte del dominio público perteneciendo al común, ó porque una ley las hubiera sacado de las transacciones, no sólo se pierde la posesión, sino la propiedad, porque la prohibición impide que sean poseídas por los particulares, y convierte la posesión en un acto ilícito. Así, *se pierde la posesión cuando la cosa sufre un cambio que la hace legalmente no ser susceptible de ser poseída por estar fuera del comercio (art. 2459).*

(Art. 2459.) El artículo es tomado de Maynz, § 172, texto á la nota 8 y se refiere á la l. 3, § 17, tit. 2, lib. 41, Dig., que habla de la pérdida de la posesión por la ocupación del terreno por el mar ó por el río, á que se refiere el art. 2452; pero nuestro Código lo aplica especialmente á las cosas que son sacadas fuera del comercio por leyes especiales, como si declarada tal arma como nacional, se ha prohibido á los particulares poseerla, ó cuando se declara la cosa expropiable por causa de utilidad pública, en que se pierde la propiedad y la posesión previa la indemnización correspondiente. En todos estos casos la posesión no se pierde inmediatamente en virtud de la ley, sino previo el depósito que debe hacer del precio que juzgue equitativo ofrecer el poder público, ó quien ejercite sus derechos, estando autorizado para tomar la cosa, sin perjuicio de pagar lo que se estimare que valía, según la sentencia dictada en juicio contradictorio.—Comp. FREITAS, art. 4066, n° 1.— Véanse arts. 2336, 2400 y 2451.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2452.— L. 14, Tit. 30, Part. 3ª.—Maynz, § 174, n° 1. Por ejemplo, si el lugar en que la cosa se encuentra viene á ser inaccesible, por ejemplo: si cayese en el mar.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2459.— L. 3, § 17, Dig. *De adq. poss.*— Maynz, § 172, n° 1.

(Art. 2457.) (Véase pág. 367.)



Hay otras cosas que están fuera del comercio relativamente, porque no pueden ser poseídas sino por personas determinadas, ó porque no pueden enajenarse sino bajo determinadas condiciones; en estos casos la posesión no se pierde, y sólo sufre limitaciones que la ley crea para seguridad general, como son la posesión de substancias venenosas, ó su enajenación que debe hacerse bajo ciertas formas.

§ 689.—DE LA PÉRDIDA DE LA POSESIÓN POR LA TRADICIÓN

Cuando damos voluntariamente á otro la cosa que nos pertenece, para que ejerza sobre ella actos de dominio, esa entrega lleva consigo una manifestación evidente de nuestra voluntad, de separarnos de la posesión, pues no es posible que la transmitamos en esas condiciones sin perderla. Si la tradición es *real*, porque entregamos materialmente la cosa, perdemos la posesión *animo et corpore*; si la tradición es *simbólica*, como cuando entregamos las llaves de la caja donde está contenida la cosa, en ese caso perdemos la posesión por el ánimo solamente.

Si se vende una cosa que otro tiene arrendada, la posesión material no la podemos dar al comprador, pero la adquirirá por el solo reconocimiento del tenedor, de que en adelante continuará poseyéndola á nombre del nuevo adquirente.

Cuando la tradición ha sido hecha con el objeto de transmitir la mera tenencia de la cosa, como en los casos de comodato, prenda ó depósito, la posesión no se ha perdido, porque el tenedor la posee en nuestro nombre; así, *la posesión se pierde por la tradición que el poseedor hiciere á otro de la cosa, no siendo sólo con el objeto de transmitirle la simple tenencia de ella (art. 2453)*, sino de concederle derechos reales, como el usufructo, la propiedad, etc.

(**Art. 2453.**) La posesión se adquiere *corpus et animo*, pero en los inmuebles se puede conservar sólo por el *animo*, mientras un tercero no ha tomado la cosa; sin embargo, para perderla, regularmente basta que algunos de estos elementos falten. Para la tradición se necesitan de estos dos elementos: 1°, la cosa que se debe entregar; 2°, la voluntad libre de someterla al dominio de otro; cualquiera de ellos que faltare no produce el efecto de hacernos perder la posesión. Así, cuando un incapaz



Como la tradición es un contrato, según lo demostré en el art. 2377, se deduce que los incapaces de contratar no pueden hacerla. Así, el que ha tomado la cosa de manos de un incapaz, podrá poseerla corporalmente, pero no ha adquirido la posesión que confiere derechos, y se considerará como un mero tenedor.

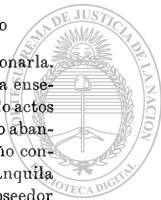
Cuando la tradición es pura y simple, la posesión se pierde inmediatamente de haberla hecho; pero si se hiciere condicionalmente, como en las ventas bajo condición suspensiva, la tradición no produce el efecto de privarnos de la posesión hasta que la condición no se cumpla, y mientras eso no tiene lugar, el comprador será considerado como administrador de cosa ajena. — Art. 1370, n° 2.

§ 681. — DE LA PÉRDIDA DE LA POSESIÓN POR ABANDONO

Se ha dicho que para conservar la posesión de los inmuebles, bastaba el ánimo de continuar poseyéndolos, aunque no se haya ejecutado acto alguno; por el contrario, para perderla se necesita

de tener voluntad ha entregado la cosa, no ha habido tradición, y la posesión se conserva por el incapaz; si por el contrario, se manifestó la voluntad de entregarla y la conserva en su poder, á no ser en el constituto posesorio, la posesión no se ha perdido. Por eso la l. 22, tit. 2, lib. 41, Dig., dice: «es cierto que el pupilo puede perder la posesión, sin la autoridad de su tutor, no por la intención, sino por el hecho»; porque el pupilo puede perder lo que es de hecho. Cuando el poseedor ha transmitido la cosa con voluntad de concederla á otro, es indudable que ha perdido la posesión, pero si el que la recibe ha sido incapaz de adquirirla, no veo cómo pueda perderla, á pesar de la decisión de Celso en la l. 18, § 1, tit. 2, lib. 41, Dig., que dice: «sería ridículo decir que no se quiere perder la posesión de hecho sino en tanto que ella sea transferida de derecho». Al contrario, es porque se cree transferirla de derecho que se ha abandonado de hecho, porque en la tradición va implícita la condición de que la posesión pasará á quien se entregue la cosa, y resultaría que no habiéndola adquirido por falta de voluntad, la cosa no sería poseída por persona alguna.—Comp. POTHIER, n° 69. WOODON, n° 265. FREITAS, art. 4061, n° 4, y art. 4063. — Véanse arts. 2371, 2401, 2609 y 2610.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2453. — Pothier. *De la posesión*, n° 683. Desciende á tratar cuando la tradición se hace condicionalmente.



de un acto expreso que demuestre la voluntad de abandonarla. Por esa razón es insostenible por nuestro derecho la teoría enseñada por algunos, de que pasados diez años sin haber ejercido actos de dominio en el inmueble, se debe reputar la posesión como abandonada. Mientras otro no lo posea, se considera que el dueño conserva su posesión, y si esta se pierde por la ocupación tranquila de un año, se conserva la propiedad, hasta que el nuevo poseedor la haya adquirido por la prescripción.

Tratándose de las cosas muebles, la posesión se pierde por el simple abandono, sea este voluntario, como en los casos en que uno arroja las cosas para que otros se apoderen de ellas, sea por un hecho forzoso, como si los animales salvajes que tenemos en nuestro poder, recobran su libertad natural y no los perseguimos.

La tradición se diferencia del abandono, en que el tradente no tiene la voluntad de perder la posesión, sino para que se transfiera al que la recibe, mientras cuando hace el abandono tiene la voluntad absoluta de perderla, sea que otro la tome ó no. La tradición es un contrato que necesita del consentimiento de las partes; el abandono es un acto jurídico unilateral. Se asemejan, en que siendo ambos la extinción de un derecho que nos pertenece, importa una enajenación, y por consiguiente se necesita que las personas tengan capacidad para enajenar la cosa abandonada ó transmitida.

El abandono para que nos haga perder la posesión de las cosas muebles es necesario que sea voluntario, porque si por la fuerza ó la violencia se nos hubiera obligado á hacerlo, podríamos reclamarlas del que las hubiera tomado, á menos de haber pasado á terceros de buena fe.

El abandono de las cosas muebles hace perder su posesión; por eso dice el **art. 2454**: *se pierde también la posesión, cuando*

(**Art. 2454.**) El abandono voluntario lleva consigo la pérdida de la posesión y de la propiedad, como si arrojamos á la calle ó en el campo lo que no nos sirve; pero cuando es forzado por un acontecimiento, como en el caso de naufragio ó de violencia, sólo se pierde la posesión, conservándose la propiedad. El abandono se hace *corpore et animo*, y no pienso como Pothier, que fundado en la l. 3, § 6, tit. 2, lib. 41, Díg., cree que el poseedor puede perder la posesión por la sola



el poseedor, siendo persona capaz, haga abandono voluntario de la cosa con intención de no poseerla en adelante, como sucede en ciertas solemnidades, donde se arroja dinero al pueblo; pero tratándose de inmuebles, cualquiera que sea el abandono, no hace adquirirla sino por la prescripción durante el tiempo señalado.

§ 682.—DE LA PÉRDIDA DE LA POSESIÓN POR DESPOJO

La posesión se pierde por la violencia de que el poseedor puede ser víctima, como si un tercero por la fuerza material lo arrojara de la casa ó campo en que estaba, ó le tomara la cosa mueble, ó cuando por la intimidación y sin valerse de la violencia llegare al mismo resultado, ó aun sin arrojarlo de la casa lo tomare allí mismo, privándole de su libertad y apoderándose de la cosa. Se necesita, pues, que haya el hecho de un tercero que tome la cosa para sí ó para otro con ánimo de poseerla; así, *la posesión se pierde cuando por el hecho de un tercero sea desposeído el poseedor (art. 2455, 1ª parte);* pero es necesario que el despojante tenga

intención, aunque la retenga en su poder; porque no se comprende cómo el que posee tenga la cosa y haya dejado de poseerla. En el constituto posesorio, que sería el único caso, ha dejado de poseerla, no por abandono sino por la tradición. De la única manera que se explicaría, es cuando se toma la cosa sin intención de poseerla para sí; pero tratamos de la pérdida de una posesión adquirida y no del que no la ha tomado. La diferencia entre la posesión y la propiedad consiste, como dice la l. 7, § 1, cit., en que la propiedad pertenece siempre al dueño hasta que no la haya transferido por un acto expreso, ó haya dejado que otro la adquiera por prescripción, mientras la posesión se pierde por el solo hecho de abandonar la cosa. Téngase presente que el artículo habla del abandono de la posesión.—Comp. POTHIER, n° 70. WOODON, n° 279, y FREITAS, arts. 4061, n° 5, y 4064.—Véanse arts. 19, 872, 2445, 2525 á 2530, 2607 y 2608.

(**Art. 2455.**) Para que la posesión se pierda por la violencia es necesario que el despojante haya ocupado toda la propiedad, porque si el poseedor quedare en una parte, sólo habría perdido la parte ocupada.—Véase lo que dijimos en la nota 2384.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2454.—L. 49, Tit. 28, Part. 3ª.—L. 12, Tit. 30, Part. 3ª.—Pothier, *De la posesión*, n° 70.

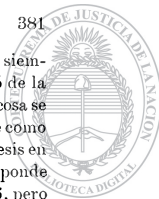


la intención de apoderarse de la cosa, pues en caso contrario, si la abandonase en seguida, la posesión no se habría perdido; se necesita igualmente, que tenga voluntad, porque si fuera incapaz, como el loco, por ejemplo, el despojado no habría perdido la posesión.

Para perder la posesión no es necesario ser materialmente arrojado de ella, pues si la han tomado en nuestra ausencia y nos impiden entrar en la casa ocupada, surtirá el mismo efecto; y en ciertos casos, ni preciso será presentarse á recobrarla, cuando tenemos la seguridad de que se usará de la fuerza ó de la violencia para rechazarnos. Tampoco se necesitará emplear la fuerza ó la violencia contra el mismo poseedor, bastará ejercitarla sobre *el que tiene la cosa por él, siempre que el que lo hubiese arrojado de la posesión, la tome con ánimo de poseer* (art. 2455, 2ª parte).

El despojo de las cosas muebles no da acciones posesorias, art. 2487, porque siendo la posesión el título de la propiedad, sólo corresponde la acción reivindicatoria. El artículo se refiere, pues, á la posesión de inmuebles de que hemos sido privados por la fuerza, violencia ó intimidación, y las acciones que se conceden contra el despojante y los cómplices, están regidas por los arts. 2490 y sig. La l. 15, tit. 2, lib. 41, Dig., habla de los casos de substracción de la cosa, como de aquellos en que se la toma por la violencia, refiriéndose á las cosas muebles y nos dice, que si la cosa ha sido robada por el que está bajo nuestra potestad, no perdemos la posesión, pues la continuamos y posee para nosotros. El despojado no puede á su vez ser despojante; si ha dejado pasar un intervalo bastante prolongado entre el despojo y el acto de recuperar la posesión, porque no puede hacerse justicia por sí mismo, y la ley concede en su contra una acción en favor del despojante primitivo, arts. 2490 y 2493.—Comp. POTHIER, n.º 73 á 75. TROPLONG, n.º 270. WOODON, n.ºs 292 y 305, y FREITAS, art. 4068, n.º 3.— Véanse arts. 2393, 2395, 2446, 2448, 2456, 2458, 2470, 2487, 2490, 2493, 2495, 2498 y 2499.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield, al art. 2455.—L. 3, § 9, Dig. *De adq. poss.*—Troplong, sobre el art. 2228, n.º 270. — Pothier, *De la posesión*, n.º 73. — Somos poseedores, y perdemos la posesión de una heredad, cuando es echado de ella el que poseía por nosotros, aun antes que tengamos noticia del hecho. L. 1, § 22, Dig. *De vi et de vi arm.* Se juzga que somos arrojados de nuestra heredad, no sólo cuando por fuerza se nos obliga á salir, sino también cuando estando ausentes, se nos impide por la fuerza entrar en ella (L. 1, § 24 del mismo Título), y aun basta para juzgarnos arrojados de la heredad propia, saber que



En la pérdida de la posesión por despojo, se encuentra siempre la desposesión material del despojado personalmente, ó de la persona de su apoderado, y comprende los casos en que la cosa se encuentra ocupada *animo et corpore*, tanto por el despojante como por el despojado; porque si bien puede aplicarse á la hipótesis en que se posee el inmueble sólo por el ánimo, entonces corresponde más bien la palabra *usurpación*, como lo indica el art. 2456, pero en nada se alteran las acciones que en ambos casos se pueden ejercitar.

La posesión no se pierde en el sentido de que pueden deducirse acciones posesorias hasta un año del despojo, para reco-brarla.

§ 683.—DE LA PÉRDIDA DE LA POSESIÓN POR USURPACIÓN

La usurpación se diferencia de la violencia, en que en aquella la posesión se toma estando la cosa desocupada, ó mientras el poseedor está ausente; pero para que haya desposesión, el usurpador debe tener el ánimo de poseerla para sí ó para otro. La usurpación como la violencia, privan al poseedor de la tenencia de la cosa, pero como pueden ejercerse en ambos casos acciones posesorias para ser restablecido en ella, se dice que la posesión no se pierde sino pasado un año, tomándose las acciones posesorias por la posesión misma. Para que el usurpador adquiera definitivamente la posesión, es decir, para que se extingan las acciones posesorias que pueden deducirse en su contra, debe poseer la cosa pacíficamente durante un año; si en ese tiempo hubiese sido turbada la posesión por el que la tenía anteriormente, ó si éste hubiese ejercido actos posesorios sobre la cosa, conservaría, no la posesión misma, sino las acciones para hacérsela restituir.

La diferencia entre la violencia y la usurpación, respecto al modo de ejercitar las acciones posesorias, consiste, en que la ley concede acción á todo individuo víctima de una violencia para ser restablecido en la posesión, aun al despojante mismo contra

otros la ocupan con intención de usar de la violencia para impedirnos entrar, y nos abstenemos por esto de volver á ella. — L. 3, § 8. Dig. *De adq. poss.* — L. 17, Tit. 30, Part. 3^a.—Véase Pothier, *De la posesión*, nos 74 y 75.



el despojado, que no habiendo ocurrido á la justicia tomó la cosa por su propia mano; mientras el usurpador desposeído, por la usurpación, ejecutada por el anterior poseedor, no puede ejercer la acción de manutención si su posesión no es anual, viciosa, ó precaria respecto del demandado, arts. 2490 y 2495.

Tratándose de la usurpación, *se pierde también la posesión cuando se deja que alguno la usurpe, entre en posesión de la cosa y goce de ella durante un año, sin que el anterior poseedor haga durante ese tiempo acto alguno de posesión, ó haya turbado la del que la usurpó (art. 2456)*: de modo que la acción se conserva

(**Art. 2456.**) La violencia que el Cód. Penal, art. 196, llama usurpación, hace perder la posesión porque nos priva de la cosa misma, pero yo tomo la usurpación como el acto de posesión sin violencia. Poseemos *corpore et animo*, y si otro tiene la cosa sometiéndola á actos de dominio, es claro que hemos perdido la posesión, y por esa misma razón la ley concede el interdicto para recuperarla, que se intenta en uno y otro caso. No estoy conforme con lo enseñado por algunos de que por la violencia se pierde la posesión en el momento del hecho, mientras en la usurpación sólo después del año. La diferencia es esta: en el despojo por violencia se debe hacer la restitución ante *omnia*; en la usurpación se examina si la posesión es anual y sin vicios para conceder la restitución. Como el usurpador funda su derecho en el acto de la posesión, tomada en ausencia del poseedor, es necesario que la mantenga durante el año por sí ó por otro, gozando de ella y haciendo actos posesorios, porque si la abandona aunque sea momentáneamente, puede tomarla el poseedor anterior, y como el usurpador no tiene un año, y su posesión es viciosa, respecto del demandado, no podría ejercer el interdicto correspondiente. La turbación de la posesión se refiere á actos materiales del anterior poseedor, porque las simples palabras no bastarían para autorizar una turbación, ni una acción posesoria.—Nota del Dr. VELEZ-SARSFIELD al art. 2482.

La turbación para que produzca su efecto es necesario que sea hecha por el anterior poseedor ó su representante, porque las realizadas por terceros extraños al asunto, en nada lo aprovecharían.—AUBRY y RAU, § 180, nota 23.

No estoy conforme con los que sostienen la necesidad de que el usurpado conozca el hecho, para que principie á correr el año de la posesión del usurpador, porque resultaría que en cualquier tiempo podría reclamar la posesión con sólo demostrar que no tuvo conocimiento, y que aun



cuando el poseedor ha ejercido actos de dominio en cualquier parte del inmueble, sin que sea necesario que esos actos de turbación sean conocidos del usurpador.

La posesión queda definitivamente adquirida por el usurpador, desde que haya poseído pacíficamente la cosa durante un año, sea con conocimiento ó ignorancia del poseedor, y que su posesión no sea viciosa á deferencia del caso de despojo, art. 2493, en que sólo se cuenta el plazo desde que tuvo conocimiento del des-

pués de los 30 años, en que se hubiera adquirido la propiedad, la acción posesoria subsistiría. Si el art. 2493 exige que el año corra desde que *pudo saber el despojo cuando fué realizado en la persona del que representaba al poseedor*, es porque la cosa está poseída *animo et corpore*, y el tiempo se puede determinar dentro de un plazo más ó menos breve; el necesario para las comunicaciones, pero ¿quién le hará saber que un tercero ha entrado á poseer la casa desocupada? Ni ¿cómo hacer constar ese conocimiento? No; el que sin violencia ha entrado en posesión de una casa desocupada y la ha poseído para sí durante un año, puede rechazar cualquier acción posesoria del que ha sido desposeído. Así, el demandante nada tiene que demostrar, pero si el demandado probase que su posesión no es anual, ó es precaria ó viciosa á su respecto, no se le concedería la reintegración. Esta opinión es contraria á la l. 1, tit. 5, lib. 8, Cód. Romano, que considera al usurpador como ladrón y acuerda al desposeído el derecho de deducir la acción en cualquier tiempo que se presente.—Comp. POTHIER, n° 76. WOODON, n° 274. FREITAS, art. 3825.—Véanse arts. 2382, 2384, 2401, 2455, 2473, 2474, 2477, 2478, 2493, 3040, 3984 y 3985.

Téngase presente la disposición del art. 3980 que puede aplicarse según los casos á la prescripción de la acción posesoria.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2456. — Cód. de Luisiana, art. 3412. — Pothier, *De la posesión*, n° 76. — Esta es la prescripción de la posesión de que se trata en el Título *De las acciones posesorias*.

Faltos de la S. C. N. — Aplicación del art. 2456. — No procede la acción de despojo cuando el que se dice despojante ha entrado en posesión del inmueble pacíficamente á título de compra pública y ha poseído por más de un año. — XXIV, 103.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2456. — Es procedente el interdicto de recobrar siempre que justificada la posesión y su pérdida clandestina, la del demandado no sea anual. — Jur. Civ., IX, 240, Sér. 2ª.

Reconocida la posesión anual del demandado, el interdicto de despojo es improcedente. — Jur. Civ., I, 320, Sér. 4ª.



pojo, cuando fué hecho en la persona de su representante, y sólo en odio y castigo de la acción; pero el que posee la cosa sólo *ánimo* sin cuidarse si otro la ocupa, debe á su negligencia la pérdida de la posesión.

§ 684.—DE LA PÉRDIDA DE LA POSESIÓN POR EL HECHO
DEL QUE LA TIENE

Cuando tenemos la posesión de una cosa por intermedio de otra persona, como el locatario, por ejemplo, continuamos poseyéndola á pesar de cualquier acto de dominio ejecutado por el tenedor sin nuestro conocimiento, porque su voluntad es impotente para cambiar la causa de su posesión. Pero esto es con relación á los inmuebles, pues respecto de los muebles, como la posesión vale por título, la sola voluntad de poseerla para sí, bastaría para desposeernos, y porque los interdictos sólo se conceden para los inmuebles. El juicio sobre reclamación de una cosa mueble, no sería sobre la posesión, sino sobre la propiedad.

El poseedor que ha comenzado á poseer un inmueble en nuestro nombre, como por ejemplo, el arrendatario, no puede cambiar por su voluntad la causa de su posesión; es necesario que el acto de un tercero haya venido en su apoyo, ó que el mismo tenedor negare al poseedor su derecho, y comenzara á ejercitar actos de dueño poseyéndola para sí ó para otro, dejando correr el año sin perturbarlo.

No bastan los hechos exteriores, que en general serán ignorados del que concedió la tenencia de la cosa, porque el propietario no puede estar á cada momento observando los actos del inquilino, será necesario que ellos sean contra el mismo dueño.

El hecho de cumplirse el contrato de arrendamiento y de continuar teniendo la cosa, no es bastante para que, unido á la voluntad del tenedor, pueda desposeer al dueño, si no le hubiera negado su derecho; ni lo sería tampoco la expiración del término fijado para la devolución de la cosa, sin hacerla; se necesitan de actos positivos del tenedor; así, *se pierde la posesión cuando el que tiene la cosa á nombre del poseedor, manifiesta por actos exteriores la intención de privar al poseedor de disponer de la cosa, y cuando*



sus actos producen ese efecto (art. 2458), porque no lo producirían si ejerciera actos de dominio ante los extraños, llamándose dueño de la cosa y no contradiciendo al verdadero propietario.

Cuando una tercera persona se atribuye la propiedad de la cosa arrendada y en este carácter la ha vendido al arrendatario, éste ha cambiado la causa de su posesión, y la voluntad de poseerla como propia, unida al título adquirido, con conocimiento de aquel por quien poseía, si fuera el propietario, lo haría adquirir la po-

(**Art. 2458.**) La doctrina francesa como la romana, en cuyas fuentes ha bebido nuestro Código; el fundamento de estas disposiciones, enseñan uniformemente, que los actos exteriores para producir el efecto de privar de la posesión al dueño de la cosa, por el que la tiene en su nombre, deben ser conocidos por el propietario, porque se producen en su contra. La importancia de la materia y la errónea interpretación de algunos autores argentinos, me obligan á fundar mi opinión. El Dr. Velez-Sarsfield, en la nota al art. 2353, indica que ha seguido la doctrina romana de las l. l. 3, § 19, y 33, § 1, tit. 3, lib. 41, Dig., así como á Savigny, pág. 59 y á Molitor, n° 39. Savigny dice, después del conocimiento de las Institutas de Gayo, no se puede dudar que la causa de la posesión puede cambiar con el concurso de otra persona y agrega: «si por otra parte, el locatario de un inmueble rechaza al locador, él ha transformado efectivamente *sua conditionis* en una *dejectionis causa* y adquirido por lo tanto una verdadera *possessio*. Esta transformación tampoco es impedida por la regla indicada». Y Molitor agrega: «el título y la *causa possessionis* de los poseedores y detentadores que acabamos de indicar, protestan contra tal posesión, y por consiguiente la posesión no podría ser invocada sino desde el día en que el título hubiera sido cambiado, no por su sola voluntad, y aún por la voluntad manifiesta de estos poseedores ó detentadores, sino por un acto al que habría sido provocado el verdadero propietario». Y si nos fijamos cuán fácil le sería al locatario ejercer actos de dominio sobre la cosa alquilada, sin que llegaran á conocimiento del propietario, rechazaríamos este medio que pondría en la mano del inquilino la facultad de desposeer al propietario al primer descuido; así, agrega Molitor, la sola omisión de pagar el canon ó alquilar no cambia la *causa possessionis* del inquilino; otra cosa sería si hubiera rehusado el pago pretendiéndose propietario, porque hubiera heredado el bien de sus parientes. Los arts. 2354, 2364 y 2382 no suministran un argumento contrario á esta tesis, sostenida y enseñada por todos los autores. Para que haya desposesión es necesario, pues. que el acto se



sesión, si pasara un año sin ser molestado; pero no sucedería así, si los actos ejecutados por el subarrendatario sólo fueran conocidos del locatario, el dueño no podría ser privado de ella.

El desposeído puede intentar el interdicto contra el que de esta manera los ha privado de su posesión, si está dentro del término.

produzca con conocimiento del propietario ó poseedor negándole la posesión. No hay una sola autoridad, ni un argumento que puedan quebrantar la autoridad incontestable de las leyes romanas, ni del Código Francés, en que se funda la explicación que damos.— Véase nota al artículo 2353. — Comp. MAINZ, § 173. WOODON, n° 272. TROPONG, al art. 2231. LAURENT, XXXII, n° 316.— Véanse arts. 2353, 2354, 2364, 2382, 2394, 2395, 2447 2455 y 2505.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2458. — L. 3, § 18, Dig. *De adq. poss.* — Maynz, § 173. — Véase L. 13, Tit. 30, Part. 3ª,

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2458. — La negativa del inquilino á reconocer la propiedad del demandante en el juicio de desalojo, importa una turbación en la posesión y hace procedente en consecuencia, el interdicto de despojo. — Jur. Civ., XV, 61, Sér. 4ª.

CAPÍTULO VI

DE LA SIMPLE TENENCIA DE LAS COSAS



§ 685. — DE LO QUE SE ENTIENDE POR SIMPLE TENENCIA

La palabra *tenencia* se emplea por oposición á la posesión jurídica, que es fruto de derechos, y hace adquirir la cosa por prescripción. El Código da el nombre de tenencia al hecho material ó físico de poseer la cosa; en derecho romano se llamaba *tenere*, *corporaliter possidere*, *naturaliter possidere*.

Nuestro derecho concede protección al simple tenedor, no porque le reconozca un derecho de poseer en el sentido jurídico, sino como una necesidad de orden social, de protección al individuo y á las cosas que tiene bajo su poder; así, lo autoriza á rechazar la fuerza en defensa de la tenencia material, y le da derechos á los interdictos en ciertos casos.

Se debe entender como detención á la relación puramente natural del individuo, con la cosa que tiene bajo su poder; así, *cuando alguno por sí ó por otro se hallare en la posibilidad de ejercer actos de dominio sobre alguna otra cosa, pero sólo con la intención de poseer en nombre de otro, será simple tenedor de la cosa (art. 2461).*

(**Art. 2461.**) Freitas, art. 3615, de donde fué tomado este capítulo, divide con más lógica los actos de simple detención, y parte del principio, que es necesario estar en la posibilidad de ejercer actos de dominio sobre la cosa para llegar á la intención del tenedor, quien puede no poseerla en su nombre, ni en nombre de otro, como en el caso de haber encontrado una cosa, á diferencia de aquellos en que el tenedor por sí ó por otro puede ejercerlos poseyendo la cosa para otro. En el primero,



La detención por sí sola no produce ningún efecto jurídico.

La simple tenencia de las cosas por voluntad del poseedor, ó del simple tenedor, sólo se adquiere por la tradición, bastando la entrega de la cosa sin necesidad de formalidad alguna (art. 2460).

Otras veces se adquiere sin la voluntad del poseedor y por la mera aprehensión sin ánimo de poseerla para sí, como en las cosas perdidas, en que el tenedor es equiparado al depositario.—Art. 2531.

La tenencia de la cosa en un sentido general, puede adquirirse aun por la fuerza ó la violencia, para detenerla á nombre del propietario ó del que la ha transferido; pero nuestro Código se ocupa sólo de la que se adquiere por propia voluntad del poseedor.

§ 686.—CUÁLES SON LOS SIMPLES TENEDORES

Es necesario distinguir el derecho personal que uno puede crearse para tener ó usar una cosa que á otro pertenece, con el que nace de la misma cosa por la posesión de ella, y que la ley protege por el solo hecho, independiente de todo derecho. Así, el locador, por ejemplo, se ha creado por el contrato el derecho de usar de la cosa arrendada; pero no es posee-

rá simple detentador mientras posea la cosa materialmente, en el segundo, es tenedor aunque no posea materialmente la cosa y la tenga por medio de otro. Lo que constituye la posesión jurídica, cuando se tiene una cosa bajo su poder, es la intención; si el que la ha tomado la posee para sí tiene la verdadera posesión.—Véanse arts. 2184, 2185, 2186, 2265 y 2352.

(**Art. 2460.**) Se trata de la adquisición de la mera tenencia, y no debe confundirse con los demás contratos. Bastará que se entregue la cosa para que se adquiera, y no veo por qué algunos exigen, que la tradición deba hacerse con arreglo al título mismo que da causa á la tenencia, y que según el contrato deba hacerse en la forma requerida en él, cuando aquí no se trata sino de la materialidad de tener la cosa bajo la posibilidad de ejercer actos de dominio, y no de los contratos mismos que den origen á la tenencia. Y cuando la ley dice: basta la entrega sin *formalidad alguna*, no es de buena interpretación el exigirla, pues es contrariar su texto expreso.—FREITAS, art. 3618, se refiere al art. 2627 y dice igualmente, que no hay formalidad para la tradición.—Véanse arts. 2352, 2353, 2377, 2379, 2381, 2385 á 2388 y 2462.



dor en el sentido jurídico, porque tiene la cosa á nombre del dueño, reconociéndole su dominio.

Los simples tenedores se pueden dividir en dos grandes grupos: 1º, aquellos que se han creado un derecho personal de goce en la cosa, pero que la conservan para su dueño; y 2º, los que la tienen á nombre de otro, sin haberse creado un derecho personal para detenerla.

En el primer grupo se encuentran: 1º, *los que poseyeren en nombre de otro, aunque con derecho personal á tener la cosa, como el locatario ó comodatario*, ó el depositario con facultad de usarla (**art. 2462**, n° 1); 2º, *el que transmitió la propiedad de la cosa, y se constituyó poseedor á nombre del adquirente* (**art. 2462**, n° 3),

(**Art. 2462**, n° 1.) El locatario, como el comodatario, tienen un derecho personal de uso, pero no lo tiene el empresario que recibe los materiales en la locación de obras, porque su tenencia no es de goce de la cosa. El comprador condicional que hubiere recibido la cosa antes de la condición, es considerado como administrador. art. 1370, n° 2, y su tenencia no es de goce, á menos de estipulación expresa en contrario. —FREITAS, art. 3617, n° 1.—Véase art. 2265.

(**Art. 2462**, n° 3.) Este es el *constitutum possessorium* que algunos niegan que exista en nuestro derecho contra el texto de este artículo. El inciso entendido, tal como expresan las palabras, tiene en su favor la claridad, y no es de buena interpretación desechar lo claro para tomar lo dudoso, admitiendo que el art. 2378 lo fuera; pero allí se trata de la simple declaración de darse el enajenante por desposeído, mientras aquí ha tomado el papel de locatario ó de simple tenedor. No hay necesidad

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2462.—Fenecido un juicio de reivindicación de un inmueble en favor del actor, el poseedor del fundo se convierte en un simple tenedor de la cosa.—XIV. 449.

El poseedor del fundo no puede ejercitar el derecho de retención en virtud de mejoras de las que no ha sido declarado acreedor, y sobre las que pende un juicio por separado.—XIV. 449.

El arrendatario no puede entablar contra el sucesor del propietario que le pide el inmueble por cesación del arriendo, el interdicto de retener, so pretexto de haber tratado con el propietario la venta de dicho inmueble.—XXIX. 466.

Contra el detentador de la cosa, cuya posesión se reconoce pertenecer á una sucesión, procede el interdicto de recobrar á favor del comprador de los derechos hereditarios de la misma. —LVI, 338.

Los arrendatarios no poseen, y sólo adquieren la tenencia de la cosa con el uso.—VII, 319.



creándose un derecho para gozar de ella; esto es lo que los autores llaman el *constituto posesorio*, que no debe confundirse con la disposición del art. 2378, en que el tradente se da por desposeído ó declara que da la posesión sin realizar acto alguno; porque en el caso presente la tradición se adquiere por el nuevo poseedor, desde que otro en su nombre entra á poseerla con su consentimiento.

En el segundo grupo de tenedores sin derecho alguno de goce, se encuentran: 1º, *los que poseyeren en nombre de otro sin derecho á tener la cosa, como el depositario* (en el depósito regular) *el mandatario ó cualquier represensante* (art. 2462, nº 2); 2º, *el que continuó en poseer la cosa después de haber cesado el derecho de poseerla, como el usufructuario acabado el usufructo ó el acreedor anticresista* (art. 2462, nº 4); 3º, *el que continúa en poseer la cosa*

de que el enajenante salga de la cosa vendida y entre en ella el comprador, basta que lo reconozca propietario, quedando como locatario ó acreedor anticresista ó simple tenedor, para que la tradición quede hecha; lo mismo sucede cuando el que la tenía como locatario la adquiere por compra, donación, etc. ¿Por qué si en esos casos no se necesita del acto material de la tradición, para adquirir la posesión y propiedad, la necesitaría en este último?—Véase la nota 2394.—FREITAS, art. 3617, nº 3.—Véanse arts. 2378, 2380, 2387 y 2394.

(Art. 2462, nº 2.) En este número debe comprenderse (como lo trae Freitas) á los empresarios de obras que reciben materiales del dueño, en la locación de obras, ó cualquier otro que los represente, con excepción de los mandatarios necesarios que ejercen derechos posesorios á nombre de los incapaces.—FREITAS, art. 3617, nº 2.—Véanse artículos 1370, nº 2, 2191 y 3207.

(Art. 2462, nº 4.) Algunos de estos artículos, sobre la tenencia de las cosas, sólo se pueden aplicar á los inmuebles, porque en los muebles la posesión vale por título y no hay acciones posesorias. Aunque en el art. 2352 consideramos al usufructuario, usuario, etc., como entrando en el cuadro de los simples tenedores, según el estudio que hacíamos, no pudimos desconocerles que el Código los consideraba en otra categoría y les concedía derechos posesorios, según los arts. 2480, 2807 y 3909 y sus notas. Así, no estoy conforme con los que creen que son *simples tenedores*, porque no tienen la posesión con ánimo de dominio, pues el Código los ha exceptuado expresamente. Freitas, art. 3529, llama poseedores imperfectos, al enfiteuta, usufructuario, usuario, acreedor anticre-



después de la sentencia que anulase su título, ó que le negase el derecho de poseerla (art. 2462, n° 5); 4°, el que continuase en poseer la cosa, después de reconocer que la posesión ó el derecho de poseerla pertenece á otro (art. 2462, n° 6).

Los poseedores del segundo grupo no se han creado un derecho personal de goce, y aunque unos y otros no detentan la cosa por un derecho real; sin embargo, los primeros tienen la acción de daños y perjuicios cuando el dueño les privara del goce, y el locatario por más de un año, que ha registrado su contrato, debe ser respetado por el posterior adquirente.

§ 687.—OBLIGACIONES DEL SIMPLE TENEDOR

El simple tenedor puede ser demandado por acciones puramente personales, ó por actos propios; en este caso, el poseedor de quien le viene la cosa nada tiene que ver, como, por ejemplo, cuando el arrendatario despojase á su co-lindante y fuese obligado á restituir el despojo, pagando los daños y perjuicios; pero en todos los casos en que se le demandase la cosa sea por acción posesoria ó reivindicatoria, *debe nombrar al poseedor á cuyo nombre*

sista ó pignoraticio, y les concede acciones posesorias; sólo cuando se trata de la propiedad de la cosa están obligados á hacer intervenir al propietario, Freitas, art. 3617, n° 4. No pienso como algunos que sean poseedores de mala fe, cuando retengan la cosa, porque el propietario no la hubiere podido recibir.—Véase art. 2922.

(**Art. 2462, n° 5.**) Se entiende de la sentencia que pasa en autoridad de cosa juzgada y comprende el intervalo que media entre ésta y la entrega, y que generalmente se señala en la misma sentencia; así, cuando ésta determinare que la cosa deba entregarse dentro de seis meses ó de 30 días, durante ese tiempo se considerará como simple tenedor; no son, pues, poseedores de mala fe, como algunos lo han creído.—FREITAS, art. 3617, n° 5.—Véase art. 2433.

(**Art. 2462, n° 6.**) Supone el caso de cuestión, cuando el poseedor negare al reclamante el derecho de poseer la cosa, concluyendo por reconocerlo, y continúa poseyendo á nombre de éste por cualquier otro título, se convierte entonces de poseedor en simple tenedor; como se ve, no hay mala fe en su tenencia.—FREITAS, art. 3617, n° 6.



posee, si fuere demandado por un tercero por razón de la cosa, bajo pena de no poder hacer responsable por la evicción al poseedor á cuyo nombre posee (art. 2464), respondiendo además por los daños y perjuicios que sufriera en el caso del art. 1530, así como en el del art. 2784.

El simple tenedor, no puede, pues, seguir por su cuenta y sin intervención del poseedor, por quien tiene la cosa, cualquier reclamación que á ésta se refiera, á no ser en caso de pacto expreso en contrario, en que aquél le hubiera conferido poder y él se hubiera obligado á defenderlo.

En cuanto á las obligaciones que le correspondan como simple tenedor, con relación á la conservación de la cosa, ellas se regularán por las que establezca el contrato especial que ha dado causa á la tenencia; así, cuando tuviere la cosa por locación ó comodato, se observarán las leyes de sus respectivos títulos. No se puede establecer, pues, una regla general y absoluta, y *el simple*

(**Art. 2464.**) Se debe entender por *razón de la cosa*, cuando alguien se atribuyera derechos sobre ella pretendiéndola para sí. Si el tenedor se defendiera como dueño ó verdadero poseedor y fuere vencido, este juicio en nada perjudicaría al dueño, ó á aquél que le dió la posesión, en cuyo caso el tenedor sería responsable por los daños y perjuicios. Cuando el tenedor se negara á nombrar al poseedor, el juicio se seguiría con él y respondería por los daños y perjuicios, como en el caso anterior, si después de vencido apareciere el verdadero dueño. Si no hubiere nombrado á aquel por quien posee y fuere vencido, quitándole la tenencia, el verdadero dueño que es el desposeído en la persona de su tenedor, puede pedir la reintegración de su posesión demostrando, que el vencido era un mero tenedor que poseía para el dueño y debe ser restituído, si el vencedor no demostrase que aquel tenía conocimiento de la gestión, dejando al tenedor seguir el pleito.—FREITAS, art. 3620, n° 2.—Véase la nota, art. 2782, y los arts. 1072, 1077, 1109, 1530, 2465, 2782, 2783, 2784 y 2880.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2464. — El poseedor á nombre de otro, no está obligado á probar ese hecho, sino simplemente á declarar el nombre y la residencia de la persona por quien posee. — Jur. Civ., VI, 545, Sér. 1°.

Procede el interdicto de retener contra el autor de la turbación ó del despojo, aunque éste pretenda haber obrado en el interés de un tercero. — Jur. Civ., IX, 156, Sér. 2°.

tenedor de la cosa está obligado á conservarla, respondiendo de su culpa, conforme fuese la causa que le dió la tenencia de la cosa (art. 2463); si es depositario responderá como tal, y si es mandatario, según las reglas del mandato.



§ 688.—DE LA RESTITUCION DE LA COSA

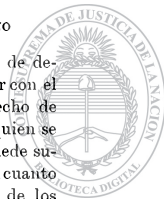
Para la restitución, como para las obligaciones de conservación, se debe atender á la causa que ha dado origen á la tenencia; es decir, al contrato en virtud del cual se ha adquirido, así como á las estipulaciones especiales que las partes pueden hacer libremente, si no fueren expresamente prohibidas.

Si la cosa estaba arrendada, debe devolverse una vez concluido el contrato, ó según las estipulaciones convenidas, y no es necesario entregarla al mismo poseedor, porque si el tenedor la ha confiado á otro, es á éste á quien debe entregarse, como en el caso del subarriendo, ó cuando se hubiese convenido en entregarla á un tercero, á quien el poseedor la confiara.

Así es que, si no hubiese estipulación en contrario, *debe restituir la cosa al poseedor á cuyo nombre posee, ó á su representante, luego que la restitución le sea exigida conforme á la causa que lo hizo tenedor de la cosa (art. 2465).*

(**Art. 2463.**) La culpa se reglará según la naturaleza del contrato y por lo establecido en el art. 512. Se debe distinguir el poseedor vicioso ó de mala fe que jamás es mero tenedor de la cosa, porque la posee con ánimo de dominio y en su propio nombre, de los casos de este capítulo.—FREITAS, art. 3620, n° 1.— Véanse arts. 511, 584 á 587, 889, 909, 1068, 1513, 1561, 1572, 2202, 2204 á 2207, 2231 á 2233, 2235 á 2237, 2266, 2269, 2274, 2287, 2291 á 2295, 2531, 2879, 2880, 2965, 3225, 3249, 3258, 3260, 3425 y 3426, que habla de los diferentes contratos.

(**Art. 2465.**) Si la tenencia la hubiere obtenido por locación, depósito, comodato, etc., la restitución se hará conforme se dispone en esos contratos, y cuando se negare á hacerla, responderá por los daños y perjuicios.—FREITAS, art. 3620, n° 3, dice que la restitución debe hacerse *en tiempo propio*, y así debe entenderse por nuestro derecho, no debiendo perjudicar al poseedor, con una entrega extemporánea.—Véanse arts. 576,



El simple tenedor de la cosa que sólo tiene relaciones de derecho con aquel que se la ha entregado, nada tiene que ver con el verdadero propietario ni con el poseedor que tenga derecho de poseer, él cumplirá con su obligación restituyéndola á quien se la entregó, si éste fuese simple tenedor como él, lo que puede suceder en el subarriendo; sus relaciones con el arrendador, en cuanto el pago de los arriendos, se regirán por las disposiciones de los arts. 1583 y sig., si se tratase de la cesión de la locación; pero en los demás casos sus relaciones serán con el subarrendador, salvo aquellos en que puede ejercitar los derechos del sublocador para con el locador.

Si hubiese contestaciones entre el que le ha entregado la cosa y otros que se atribuyesen derechos, como se trata de inmuebles, *la restitución de la cosa debe ser hecha al poseedor de quien el simple tenedor la recibió, aunque haya otros que la pretendan, pero con citación de éstos (art. 2467)*, porque deben ser advertidos, á fin

1556, 1909, 2210, 2211, 2214, 2216, 2271, 2274, 2278, 2280, 2372, 2463, 2467, 2944 á 2946, 3238, 3257 y 3261.

(**Art. 2467.**) La citación importa el llamamiento ó intervención que en justicia se da á una parte en un juicio, y créo, como algunos, que en general se debe hacer la citación judicialmente; pero como el principio que nace de este artículo abraza todos los contratos, hago por mi parte estas distinciones: 1º, cuando se trata de una cosa mueble alquilada que el locatario supiera que no era del locador por ser robada ó perdida, se hará el depósito judicial de ella con arreglo al art. 1612; 2º, cuando se trata de un depósito, si el depositario llega á saber que la cosa es hurtada ó robada, lo comunicará al dueño señalándole un plazo para que la reclame, art. 2215, lo mismo tendrá lugar en el comodato, art. 2279; 3º, cuando la cosa se hallare sin saber quién es el dueño, debe entregarse al juez más inmediato, art. 2534; fuera de estos casos, rige la regla general, de que no debe entregarse la cosa por el tenedor sin citación de los que pretenden tener derechos sobre ella. La cuestión es más bien teórica, porque lo natural será que el reclamante se presente á la justicia embargando la cosa; pero si no lo hiciera, el tenedor la entregará con citación de los que la reclamen, para evitar la sospecha de confabulación con el poseedor, y esa citación debe ser judicial. Parece más propio salvar de responsabilidad al tenedor, si el reclamante habiendo sido avisado



de que deduzcan sus derechos; cuando se trata de muebles, se seguirá lo determinado por los arts. 1612, 2215 y 2279.

§ 689. — DERECHOS DEL TENEDOR Á LA RETENCIÓN DE LA COSA

Las mejoras ó gastos *necesarios*, se toman como equivalentes en la terminología del Código, y no hay dificultades á este respecto; pero no se deben confundir con los gastos de *conservación* para mantener la cosa en buen estado.

En las cosas muebles es fácil distinguirlos, porque se trata de la alimentación de los animales; pero en los inmuebles se hace más difícil, pues comprenden sólo las reparaciones que se llaman locativas, y que son de cuenta del simple tenedor cuando es locatario; pero que tienen privilegio cuando es depositario.

Los gastos necesarios son aquellos sin los cuales la cosa habría perecido ó deteriorándose y que el propietario hubiera realizado; esos gastos dan derecho á retener la cosa hasta ser pagados, sin perjuicio del privilegio sobre la misma.

Cuando un simple tenedor *para conservar la cosa hubiese hecho gastos ó mejoras necesarias, tendrá derecho para retenerla hasta ser indemnizado por el poseedor (art. 2466)*; pero cuando se tratase

no se ha presentado ante el juez embargándola; le bastará hacer constar la entrega con intervención del reclamante.—FREITAS, art. 3622.

(**Art. 2466.**) Cuando el simple tenedor hubiere cambiado la causa de su posesión y pretendiere para sí la cosa, si fuere vencido en juicio, esa circunstancia no lo constituirá en poseedor de mala fe, sino que lo volverá á la causa de su tenencia, si aún existiera el contrato, y continuará en este carácter. Así, cuando el locatario hubiera comprado la cosa alquilada, á otro que el dueño de quien la recibió, y se atribuyere derechos de dueño resistiéndola al poseedor, si fuere vencido, volverá á su carácter de locatario. Cuando por abuso de confianza se hubiera convertido en poseedor vicioso, perderá el derecho de retención, art. 2436, pero no el privilegio para cobrar los gastos necesarios de conservación.—FREITAS, art. 3621.—Véanse arts. 589, 591, 1384, 1547, 1580, 1956, 2218, 2287, 2891, 3220, 3229, 3892 y 3939.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2467.—Sobre todo este capítulo véase Proudhon, *Dominio privado*, desde el n° 481.

Fallos de la S. C. N. — Aplicación del art. 2466. — Fenecido un juicio de



de cosas muebles dadas en comodato, no podrá ejercer este derecho, porque el art. 2278 expresamente se lo niega.

Los gastos necesarios á que se refiere el artículo son los de conservación de la cosa.

reivindicación de un inmueble á favor del actor, el poseedor del fundo se convierte en un simple tenedor de la cosa.—XLV, 449.

El vencido no puede ejercitar el derecho de retención del fundo en virtud de mejoras de las que no ha sido declarado acreedor, y sobre las que penden un juicio por separado.—XIV, 449.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2466.—El tenedor que para conservar la cosa, ha hecho gastos ó mejoras necesarias, tiene el derecho de retención, hasta ser indemnizado por el propietario. — Jur. Civ., V, 234, Sér. 2ª.

Es improcedente el interdicto de adquirir la posesión, si el poseedor tiene por sentencia ejecutoriada reconocido el derecho de retención por las mejoras hechas en la casa.—Jur. Civ., X, 140, Sér. 4ª.

TITULO III

DE LAS ACCIONES POSESORIAS

§ 690. — NOCIONES GENERALES

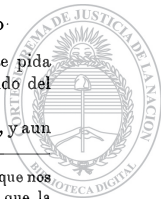


Ya se tome la posesión como un hecho, ya se la considere como un derecho, debe ser protegida por la ley, y á este efecto se han creado las acciones posesorias, que sin tocar el fondo del derecho y sin averiguar de quién es la propiedad de la cosa, tienden á proteger exclusivamente el hecho de la posesión.

Tomando la palabra posesión en su sentido más extenso, las acciones posesorias comprenden la adquisición, la reintegración, la manutención en caso de turbación, y la denuncia de obra nueva, ó suspensión de los trabajos, que darían por resultado atacar la posesión, que es una especie de despojo.

La adquisición de la posesión tiene por objeto hacernos tomar la cosa que tenemos derecho de poseer, no pudiendo proceder por nuestra cuenta, haciéndonos justicia; porque *un título válido no da sino un derecho á la posesión de la cosa, y no la posesión misma. El que no tiene sino un derecho á la posesión, no puede, en caso de oposición, tomar la posesión de la cosa, debe demandarla por las vías legales (art. 2468)*, como en los casos de los arts. 3411,

(**Art. 2468.**) El título es un medio de adquirir, no es la adquisición misma de la posesión que se funda en el hecho material de la detención de la cosa con ánimo de someterla á un derecho de propiedad. El que tiene el título para poseer una cosa, puede tomarla si no hay contradic-tor, y en ese caso su derecho queda completo, por decirlo así, y adquiere la posesión de la cosa con el derecho de poseerla. Y cuando se tiene el título, que bien puede ser singular ó universal, la posesión debería adqui-



3412 y 3413, en que la ley ordena expresamente que se pida á los jueces. Esa no es una acción posesoria en el sentido del derecho.

La acción de despojo es un medio concedido al poseedor, y aun

rirse por la mera aprehensión de la cosa, ó por la posibilidad en que nos encontramos de someterla á nuestro dominio, sin necesidad de que la autoridad venga á darnos lo que tenemos; por eso reputamos que la disposición de los arts. 3411 á 3413, que se refieren á la posesión judicial de las herencias, y la negativa de que pueden ejercer las acciones que dependen de la sucesión, no comprende ni puede comprender las acciones posesorias que se conceden á todo el que tiene la cosa con ánimo de dueño, y menos aún al que la posee teniendo un título.

El interdicto de adquirir no puede deducirse sino cuando se pide la cosa á título de heredero, y en ese caso no es una verdadera acción posesoria, porque no se funda en la posesión; véase nota al art. 2487. En los demás casos será necesario obtenerla en juicio ordinario.—Comp. art. 326, n° 2, Ley Proc. Nac. L. 2, tit. 34, lib. 11, Nov. Rec.—Véanse arts. 577, 2351, 2373, 2374, 2470, 2471, 2482 y 2487.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2468.—El que ha enajenado con pacto de retroventa, dando posesión, carece de derecho para ejercer á nombre propio acciones posesorias.—Jur. Civ., I, 51, Sér. 6°.

Los títulos sólo acreditan la propiedad, la posesión debe comprobarse por medio de prueba testimonial.—Jur. Civ., II, 309.

El interdicto de recobrar sólo es procedente justificando la posesión y el despojo con violencia ó clandestinidad, el dominio no basta para hacerlo procedente.—Jur. Civ., III, 387, Sér. 2°.

Justificado el dominio, la posesión debe pedirse deduciendo contra el detentador acción reivindicatoria.—Jur. Civ., V, 284, Sér. 2°.

El interdicto de obra nueva es procedente siempre que se justifique la posesión y aun cuando el que lo deduzca no tenga título de propiedad.—Jur. Civ., VI, 84, Sér. 2°.

La misión en posesión, ordenada en juicio sumario, debe suspenderse siempre que exista un poseedor á título propio.—Jur. Civ., V, 284, Sér. 2°.

El interdicto de adquirir es procedente, siempre que presentando título que justifique el dominio, nadie posea á título de propietario ó de usufructuario, sin que sea necesario que el actor haya tenido jamás la posesión.—Jur. Civ., IX, 408, Sér. 2°.

El que sólo invoca un derecho á poseer, no puede deducir acciones posesorias, que la ley acuerda exclusivamente al que posee ó ha poseído.—Jur. Civ., IX, 348, Sér. 3°.

La escritura pública como título translativo del dominio, no basta para exigirla: debe gestionarse previamente la entrega de la cosa por medio de la tradición.—Jur. Civ., V, 180, Sér. 3°.



al simple detentador para pedir el restablecimiento del estado de cosas que ha sido modificado ó alterado por la violencia, mientras la manutención tiende á hacer cesar las simples perturbaciones que se experimenten en el goce pacífico de la cosa. La suspensión de obra nueva, se refiere no á una turbación inmediata, sino al despojo limitado de una parte de la cosa, art. 2498.

Las acciones posesorias no se conceden en virtud de una presunción de propiedad en favor del poseedor, porque el derecho las reconoce á los que evidentemente no lo son, como al usufructuario ó usuario, que pueden ejercerlas contra el verdadero propietario.

Hay derechos que van unidos á la posesión misma, cuando es de buena fe; como el de adquirir la cosa por prescripción, el de percibir y hacer suyos los frutos que la cosa produce, y el de reivindicarla contra el que la ha tomado sin título.

§ 691. — DE LOS MEDIOS EXTRAJUDICIALES PARA DEFENDER LA POSESIÓN

Los medios de defensa que tiene todo poseedor para mantenerse en la posesión, son de dos clases: unos están en la mano misma del poseedor y se pueden llamar extrajudiciales; otros los proporciona la autoridad y se llaman judiciales.

Así, en caso de violencia para quitarle la posesión, el poseedor está autorizado en virtud del derecho de legítima defensa, para rechazarla con la fuerza, ó recuperarla inmediatamente, cuando hubiere sido arrojado de la posesión. Este medio compete á todo poseedor y aun al simple tenedor de la cosa, porque se considera como un ataque á la persona misma, que debe ser respetada en las cosas que tiene bajo su poder, y pueden usarlo los representantes del poseedor, aunque no fueren expresamente autorizados.

El hecho de la posesión da el derecho de protegerse en la posesión propia, y repulsar la fuerza con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la justicia llegarían demasiado tarde; y el que fuese desposeído podrá recobrarla de propia



autoridad sin intervalo de tiempo, con tal que no exceda los límites de la propia defensa (art. 2470).

(**Art. 2470.**) Este artículo se refiere á los medios particulares que puede usar aun el simple tenedor para conservarse en la tenencia de la cosa. Así, el simple tenedor no goza de acciones posesorias y no puede deducirlas, y sin embargo, puede rechazar la violencia y defenderse en la tenencia. El Dr. Velez-Sarsfield, al traducir de Savigny la nota con que apoya la doctrina del artículo, ha intercalado palabras que no pertenecen á este autor, lo que ha inducido á creer que el derecho de poseer y el derecho de posesión son uno mismo; pero no es cierto, como se dijo en la nota al art. 2351. En efecto, el derecho de posesión nace de la posesión anual, y el derecho de poseer viene de la propiedad. El usurpador que ha poseído un año, adquiere el derecho de posesión y sólo puede ser sacado mediante una acción petitoria. El derecho de posesión se funda en el título en virtud del cual se puede pedir la posesión de la cosa, y una vez entregada, tiene el derecho de poseerla. Savigny demuestra con claridad, que la violencia sufrida por la persona en la cosa que detenta, es la que se protege, no por consideración al derecho que pudiera tener sobre ella, sino por la relación íntima que liga á esa persona con la cosa y la hace digna de protección. Es la persona como tal, que debe estar al abrigo de toda violencia.

Sin intervalo de tiempo, quiere decir debe ser una sola lucha, porque una vez terminada, si el desposeído ha ido para buscar medios de recobrarla, importará una violencia que la ley debe impedir. La ley permite la defensa, y como consecuencia faculta para recuperar la cosa que le haya sido quitada durante el ataque; pero cuando éste ha cesado por ser vencido el desposeído, no se debe recomenzar más tarde; debe ocurrir á la autoridad; así, no opino como algunos que la lucha pueda renovarse uno ó dos días después. Freitas, art. 4013, coloca la defensa entre los medios extrajudiciales con que uno puede mantenerse en la posesión.— Véase SAVIGNY, *Posesión*, § 6, págs. 33 y 34. Cód. DE AUSTRIA, art. 320, l. 3, § 9, tít. 16, lib. 43, Dig.—Véanse arts. 2420, 2455, 2468, 2469, 2482, 2516 y 3034.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2470.—Sobre los tres artículos anteriores, Cód. de Austria, arts. 320, 339 á 344. — L. 3, § 9, Dig. *De vi et de vi arm.* Se ha pretendido, dice Savigny, que las acciones posesorias han nacido de la presunción de la propiedad en el poseedor; mas esta presunción no tiene ningún fundamento jurídico, porque las acciones posesorias se conceden también al que manifiestamente no es dueño de la cosa, al que no tenga el derecho de poseer, y contra el que tenga derecho á la posesión, y aun contra el verdadero pro-



Para emplear este medio extrajudicial de la fuerza propia en defensa de su derecho, se necesita: 1°, que no pueda ocurrir á la

pietario. La posesión se nos presenta en su primer aspecto como un poder de hecho sobre la cosa, como un no derecho, algo en fin, completamente extraño al derecho; sin embargo, ella es protegida contra ciertas violaciones. El motivo de esta protección y de esta asimilación de la posesión á un derecho es la conexión íntima que existe entre el hecho de la posesión y el poseedor. El respeto debido á la persona refleja indirectamente sobre el hecho. La persona, en efecto, debe ser garantida contra toda violencia. Hay en la posesión de la persona algo cambiado en su perjuicio, cuando se ataca la posesión que tiene; y el agravio que le es causado por la violencia, no puede ser enteramente reparado sino por el restablecimiento ó la protección de ese estado de hecho al cual la violencia ha atacado. (*De la posesión*, § 6, pág. 37).

Para nosotros, que juzgamos que la posesión es un derecho, es con más razón un principio la resolución del artículo.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2470.—En el caso de haberse practicado actos posesorios por las dos partes, la posesión debe reputarse de aquella á cuyo favor aparece haber sido el último estado de la misma, máxime si esta parte tiene los títulos de propiedad, y la otra no. — XLV, 276.

Contra quien quita á otro de su propia autoridad la posesión de la cosa inmueble, procede el interdicto de despojo, cualquiera que sea la naturaleza de dicha posesión. — XLVI, 205.

Probada la posesión y los hechos que la turban, procede el interdicto de recuperar, aunque el demandado tenga títulos que puedan darle derecho á poseer. — LVI, 168.

Cuando los actos posesorios de una y otra parte recaen en fracciones de terreno de imposible determinación, debe juzgarse el caso como en las posesiones confundidas, á favor del que ha tenido una posesión más antigua; máxime si ésta, por edificios y obras de calidad permanente hechas en ella, presenta caracteres de superioridad sobre la otra. — LVI, 168.

Entablada una demanda de jactancia, si en el juicio se trata de la restitución de un despojo, y se reconoce por el demandado que la acción deducida es por despojo, aquella demanda se transforma en un verdadero juicio de despojo.

El despojo como acto ilícito compromete siempre la responsabilidad del ejecutor, aunque éste pretenda haber obrado en nombre de otro.

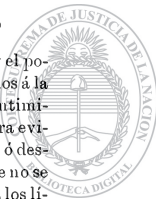
El poseedor de una cosa no puede ser desposeído de ella sino por orden de autoridad competente.

Las autoridades competentes para ordenar la transferencia de posesión de una cosa son los jueces que ejercen jurisdicción en el territorio donde aquélla está situada. — III, 435.

El interdicto de recobrar la posesión sólo puede intentarse contra el autor del despojo.

No puede considerarse tal, el que no ha ejercitado acto alguno para autorizarlo á sostenerlo.

No puede decirse que una corporación haya verificado actos de esta clase, por haberlos practicado un miembro de ella, sin mandato de la misma.



autoridad, ó que ésta no fuera suficiente para protegerlo, y el poseedor tuviera mayores medios, que deberá siempre ponerlos á la disposición de ésta; 2º, que se emplee la fuerza, porque la intimidación es una fuerza moral que deja el tiempo suficiente para evitar el mal ocurriendo á la autoridad; 3º, que la desposesión ó despojo no pudiera ser evitado, sin emplear la fuerza; 4º, que no se altere el estado de la posesión que tenía; 5º, que no exceda los límites de la propia defensa; 6º, que si hubiere sido desposeído, la recobre inmediatamente.

En los casos de turbación de la posesión, el poseedor puede rechazar igualmente con la fuerza, cualquier acto que no emane de la autoridad, porque contra ella no procede la fuerza sin cometer un delito.

Si el poseedor no creyere necesario acudir á la autoridad para hacer cesar las turbaciones frecuentes, puede atenerse á sus propios medios extrajudiciales, porque *cualquiera que sea la naturaleza de la posesión, nadie puede turbarla arbitrariamente (art. 2469)*.

(**Art. 2469.**) Este artículo, sienta un principio general, que no tendría aplicación, si no fuera como una consecuencia del art. 2470 tratándose de la defensa propia contra toda turbación; porque, declarar que nadie puede turbar la posesión arbitrariamente, no es concederle un derecho claro para reclamar de cualquier perturbación. Así no tendrá derecho contra el verdadero dueño que hubiere sido despojado, ó á quien se hubiere usurpado y que tratara interrumpirla. Freitas, art. 4046, n° 1, niega la acción de manutención al poseedor vicioso con relación al demandado. Por lo demás, como se trata de una perturbación que no suprime el derecho de posesión, no creo se pueda conceder el interdicto de manutención al mero tonedor, porque además de su propio derecho para defen-

No es permitido el uso privado de la fuerza para recuperar la posesión de que uno ha sido despojado clandestinamente.

En este caso, la autoridad ó corporación que lo impida, no se hace solidaria del despojo, sino que se opone al hecho prohibido por la ley. — IV, 372.

Para que proceda el interdicto de retener, es necesario impedir el uso de la posesión ó que se intente inquietarlo injustamente.

El comprador de los derechos posesorios de un campo fiscal, no puede exigir del Gobierno que le reconozca propietario.

La Ley de la Provincia de Entre Ríos de 21 de Febrero de 1835, referente á los Montes de Montiel, y lo que se le unen, no concede propiedad sino posesión de la tierra. — XX, 284.



§ 692. — DE LOS CASOS DE POSESIÓN DUDOSA

Es necesario no confundir el derecho que la ley concede á todo poseedor para ser protegido por los interdictos, con el acordado al que tiene la cosa á título de dominio, ó ejerciendo un derecho real sobre ella; en este sentido el usurpador y el poseedor violento son protegidos contra los hechos de terceros, sin examinar si tienen ó no derecho de poseer; pero cuando se encuentra en presencia del propietario, ó si el que la reclama no tiene una posesión anual, la protección se suspende. La justicia no puede prestar su

derse privadamente, está aquel por quien posee, para hacer cesar la perturbación.

El término *arbitrariamente*, se relaciona con aquellas restricciones al dominio, que causan perjuicios al poseedor y que está obligado á soportarlas sin indemnización.— Véase CÓD. DE CHILE, art. 921, l. 1. 1 y 2, tit. 34, lib. 11, Nov. Rec., l. 1. 10 y 14, tit. 10, Part. 7ª.— Véanse arts. 2354, 2470, 2473, 2477, 2489 y 2490.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2469. — L. 14, Tit. 10, Part. 7ª.— L. 1, Tit. 34, Lib. 11, Nov. Rec. y véase L. 10, Tit. 10, Part. 7ª, y L. 2, Tit. 34, Lib. 11, Nov. Rec.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2469.—Las provincias son justiciables por los actos de gobierno ó de administración por los que se violen los derechos particulares de vecinos de otras provincias ó de súbditos extranjeros. — XXV, 444.

Las vías de hecho contra el uso y goce de la cosa inmueble, dan lugar á una acción sumaria, para que el tenedor de ella sea amparado en la ocupación y goce de la misma. — XXXI, 40.

En los casos de violencias y vías de hecho, la acción de despojo procede aún contra el propietario del inmueble. — XXXV, 284.

Contra quien quita á otro de su propia autoridad la posesión de la cosa inmueble, procede el interdicto de despojo, cualquiera que sea la naturaleza de dicha posesión. — XLVI, 205.

Comete despojo la Municipalidad, abriendo calles por su propia autoridad, en terrenos posidos por particulares. — LII, 371.

La apertura de calles sin consentimiento, ni previa indemnización al poseedor del terreno en que se ha verificado, importa un despojo, y obliga al despojante á restituir la posesión y á satisfacer las pérdidas ó intereses.— LVI, 70.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. -- *Aplicación del art. 2469* -- Véase fallo al art. 2468. — Jur. Civ., VI, 84, Sér. 2ª.



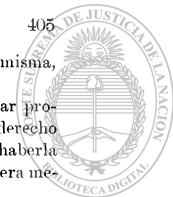
autoridad para protegerlo de las turbaciones, y detiene su acción obligándolo á que ventile sus derechos respecto de la propiedad.

Cuando las violencias han sido sucesivas y continuadas, ó si se han tomado alternativamente la posesión, ó *siendo dudoso el último estado de la posesión entre el que se dice poseedor y el que pretende despojarlo ó turbarlo en la posesión, se juzga que la tiene el que probare una posesión más antigua* (art. 2471, 1ª parte); atendiéndose todavía al hecho material de la posesión que la ley debe proteger.

La ley separa los hechos de despojo ó de turbación que no puede determinar, y averigua quién ha poseído primero para acordarle su protección; todavía busca el hecho sin preocuparse del derecho que las partes puedan tener, y sólo cuando no fuera posible demostrarlo, es decir, *si no constase cuál fuera más antigua, juzgase que poseía el que tuviese derecho de poseer, ó mejor derecho de poseer* (art. 2471, 2ª parte); entrando al fondo del

(Art. 2471.) La regla general es: *actore non probante, reus absolutur*, y debe aplicarse en estos casos: pero cuando el demandado ha probado á su vez que ha ejercido actos posesorios, se debe examinar si las partes no han gozado del objeto litigioso bajo diferentes aspectos, como si el uno ha cortado árboles, por ejemplo, mientras el otro al mismo tiempo cortaba el pasto del campo litigado; como ambos prueban hechos diversos que importan posesión, se debe demostrar el primer acto ejercido, según la teoría del Código, cuando habría sido más equitativo mantener á los dos en la posesión, desde que los actos se han confundido, obligándolos así á recurrir al petitorio para deslindar á quién pertenece la propiedad. El Código, siguiendo á Freitas, art. 4025, ha preferido que el juez estudie en este caso los títulos en que se funda la posesión para concederla al que tuviera el derecho de poseer ó al que tuviera mejor derecho de poseer, sin entrar al fondo del asunto. El derecho de poseer se tiene sólo en virtud del título que lo acuerda, teniendo presente que los interdictos se conceden al que poseo la cosa con ánimo de dominio, aunque sea sin título, y puede suceder que los poseedores no lo tengan, en ese caso se les debe mantener á ambos, pues ninguno ha justificado una posesión exclusiva.

La expresión, «pretende despojarlo ó turbarlo», es impropia, porque la pretensión que no se convierte en un hecho material de turbación ó despojo, no se debe juzgar como tal, no confiriendo otra acción que la



asunto, y admitiendo un elemento extraño á la posesión misma, que nada tiene que ver con el hecho.

Teniendo que decidir la autoridad á quién debe acordar protección, estudiará los títulos, concediéndola al que tenía derecho de poseer y resultando ambos con idéntico derecho, por haberla adquirido del mismo propietario, la concederá al que tuviera mejor derecho.

La ley protege al poseedor, considerando la posesión como independiente de todo otro elemento que no sea el del tiempo durante el cual se posee, y de la causa de la posesión respecto del demandado, por eso dice el **art. 2472**: *fuera del caso del artículo*

personal por los daños y perjuicios que puedan causar al poseedor, por no poder disponer de la cosa á consecuencia de esas pretensiones. Así, debe entenderse que el que *pretende* es el despojado ó turbado en la posesión, siguiendo en esta interpretación á Freitas, de donde fué tomado nuestro artículo.—Comp. *AUBRY Y RAU*, § 187, n° 5, texto á las notas 58 y 59.—Véanse arts. 2401, 2472, 2478 á 2481, 2487 y 2792.

(**Art. 2472**.) El caso del artículo anterior es una excepción (que no creo justificada) al principio de que el poseedor no debe dar cuenta de

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2471.—La posesión se presume haber principiado desde la fecha del título translativo de dominio, si no se probase lo contrario.

Siendo dudoso el último estado de la posesión, debe juzgarse que la tenía el que tiene derecho de poseerla. — XVI, 348.

En la duda de quién posee actualmente, si el que se dice poseedor ó el que pretende despojarlo, se juzga que tiene la posesión el que ha probado tenerla más antigua y caracterizada. — XXXVII, 280.

En la duda se juzga que posee quien prueba una posesión más antigua. ó mejor derecho para poseer. — XLIII, 289.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2471.—La presentación de los títulos de poseedor, supone que la posesión arranca desde la fecha de aquellos, sin solución de continuidad entre los diferentes propietarios. — Jur. Civ., IV, 405, Sér. 3°.

Cuando es dudosa, se juzga que la tiene el que justifica la más antigua.—Jur. Civ., IV, 331, Sér. 2°.

Ante dos títulos al dominio que proceden de un mismo origen, la propiedad corresponde al que justifique haber tenido primero la posesión.—Jur. Civ., V, 361, Sér. 3°.

Ante dos títulos, que teniendo un mismo origen, justifican la propiedad del inmueble, la ley ampara al que tiene la posesión.—Jur. Civ., VII, 287, Sér. 2°.



anterior, la posesión nada tiene de común con el derecho de poseer, y será inútil la prueba en las acciones posesorias, del derecho de

su posesión, porque si cuando la tiene con ánimo de dominio es un derecho, según la doctrina del Código, y debe protegérsela sin averiguar en qué se apoya, no veo por qué tratándose de la posesión que se considera como una especie de título, se haya de traer un elemento extraño á ella, como es el título en que se funda, pero así se ha establecido. Téngase presente que la posesión se protege por el mismo poseedor, ó por los interdictos, y que se limita el juicio á la sola protección de ésta, sin examinar el derecho que tenga para poseer; por esa razón el que ha deducido el juicio sobre la propiedad, ha renunciado al posesorio y no puede volver á entablarlo.

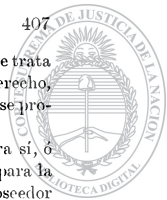
Cuando se dice: *la posesión nada tiene de común con el derecho de poseer*, se entiende que es al solo efecto de la protección que la ley acuerda á la posesión, como un hecho. En efecto, si la posesión es un derecho que la ley debe proteger, el título ó causa de donde proviene es completamente extraño al derecho protegido, y por consiguiente lo resuelto sobre ese derecho, que se traduce en amparo, en nada puede influir sobre el fondo, que se refiere á la propiedad. El que entabla el interdicto de despojo, por ejemplo, sólo debe demostrar su posesión, porque ese es su derecho, y es un error enseñar que debe probar que es además anual y no viciosa, porque la disposición general del art. 2473 no lo exige en este caso, desde que el art. 2490 concede la acción de despojo aun al poseedor vicioso y contra el propietario mismo, si fuera el despojante. Es una acción destinada á conservar el orden público é impedir que nadie se haga justicia por sí mismo, y por esa razón no procede contra las órdenes de la autoridad que manda darla á otro. Otra cosa sucede cuando no hay despojo, y se trata de recobrar la posesión perdida, entablando el interdicto de recuperar del art. 2492, en que debe probar su posesión con arreglo al art. 2473.—FREITAS, art. 4026.—Véanse arts. 2468, 2482, 2490, 2494 y 2495.

Fallos de la S. C. N. — Aplicación del art. 2472. — El deslinde y amojonamiento, es un acto de posesión, que ejercitado en el campo poseído por otro, importa turbación. — XXVII, 334.

Para que procedan los interdictos posesorios, no basta probar el derecho de poseer; es esencial que se pruebe el hecho de la posesión. — XVIII, 137.

Véase fallo al art. 2470.—XLVI, 205.

El derecho que puede tener un particular para clausurar con alambres un terreno que servía para camino vecinal, no basta para conferirle la acción posesoria de interdicto. — LVIII, 131.



poseer por parte del demandante ó demandado, porque no se trata de juzgar el fondo del asunto y decidir quién tiene mejor derecho, sino de averiguar cuál era el estado de la posesión, cuando se produjo la perturbación ó desposesión.

Para deducir las acciones posesorias basta poseer para sí, ó con un derecho real como el usufructo; el título invocado para la protección, es la posesión misma, de ahí la máxima: el poseedor no tiene que dar razón de su posesión: *posee porque posee*.

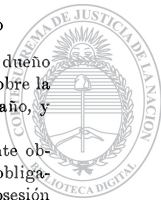
§ 693.—DE LAS COSAS SUSCEPTIBLES DE FORMAR EL OBJETO DE UNA
ACCIÓN POSESORIA

Los inmuebles corporales, las servidumbres, los derechos reales de uso ó goce, el derecho de anticresis y el de retención, son susceptibles de una acción posesoria, y pueden protegerse ó mantenerse, cuando fueren turbados en ella. Pero, respecto de los inmuebles, sólo pueden formar el objeto de una acción posesoria, cuando están en el comercio y pueden ser adquiridos por prescripción, pues, no lo serían en caso contrario, como un río navegable, una fortaleza, etc.; es decir, la acción posesoria no podría deducirla un particular contra un particular, pero correspondería al Estado. Sin embargo, hay casos en que los particulares podrían deducirlas contra el Estado general ó particular ó contra la Municipalidad, cuando se tratase de caminos vecinales ó generales en que se tomaren terrenos de particulares.

Nuestra jurisprudencia ha decidido uniformemente, que la Nación no puede ser demandada, y en estos casos se demanda al ejecutor de la orden, y el interdicto se da contra de él.

Los derechos de usufructo, uso y habitación, cuando se ejercitan sobre inmuebles pueden ser susceptibles de acciones posesorias, sin que el turbado ó despojado en su derecho esté obligado á producir el título en que funda su derecho de uso ó goce, pues le basta demostrar que estaba en posesión, y su acción se ejercerá aun contra el mismo propietario.

Las restricciones al dominio pueden ser igualmente el objeto de una acción posesoria por los particulares, con tal que el demandante goce de la ventaja en el momento en que ha sido privado



de ella. Esto se extiende aun á la acción ejercitada por el dueño de una propiedad encerrada, que se hubiera abierto paso sobre la de alguno de los propietarios que lo rodean, durante un año, y fuera privado de ella.

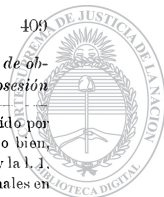
Las servidumbres convencionales pueden ser igualmente objeto de acciones posesorias, sin que el demandante tenga obligación de producir su título; le bastará probar su cuasi-posesión cuando la servidumbre es continua.

Los derechos de uso sobre el inmueble que son del dominio público, son susceptibles de acciones posesorias entre los particulares, cuando se reclaman como accesorios de inmuebles á cuyo servicio están afectados por su destino, y así podría intentar una acción posesoria, el propietario de un inmueble que diera sobre la vía pública, y cuyo uso le fuera prohibido ó impedido por otro. Lo mismo sucedería con respecto á las aguas de un río navegable, cuyo curso se quisiera cambiar, privando á los ribereños del uso que le corresponde, art. 2642.

Así, toda persona que por sí misma ó por otro posee un inmueble corporal, ó ejerce sobre él algún derecho real de servidumbre, de goce ó de uso, puede ejercer acciones posesorias, por eso dice el **art. 2487**: *las acciones posesorias solamente corres-*

(**Art. 2487.**) Los interdictos en el derecho romano como en el nuestro, se conceden sólo para proteger la posesión, y por consiguiente no tienen otro objeto que el de restituirla, cuando el poseedor fué privado de ella, ó de mantenerla si es perturbada, y en este sentido el interdicto de obra nueva sólo es una consecuencia de un despojo parcial. Las acciones posesorias y los interdictos destinados á conservar la posesión, son una misma cosa, según el lenguaje de nuestro Código; aunque hay otros interdictos que no se refieren á la protección de la posesión, y se distinguen de la acción reivindicatoria y negatoria, en que éstas tienen por objeto el derecho de propiedad, la posesión ó una fracción de él, mientras los otros se dirigen al uso ó goce de la cosa que se debe proteger sin tocar el fondo del asunto, por eso no se reconocía el de adquirir, creado por nuestro derecho, é impropriamente concedido, porque si no existe la posesión no hay derecho que proteger, y si hay contradicción con el poseedor actual, el juicio debía ser el de reivindicación.

¿Contra quiénes se dan las acciones posesorias? En el derecho romano se daba únicamente contra el autor directo de la turbación ó de la expul-



ponden á los poseedores de inmuebles y tienen el único objeto de obtener la restitución de la posesión, ó la manutención de la posesión

sión, así dice la l. 7, tít. 16, lib. 43, Dig.: «si me habéis desposeído por la violencia, y otro (Ticio) hubiera comenzado á poseer el mismo bien, no puede intentar el interdicto *unde vi* sino contra vos mismo», y la l. 1, § 3, tít. 1, lib. 43, Dig., agrega: «todos los interdictos son personales en sus efectos, aunque la fórmula en que sea concebido sea real»; era pues, una acción personal que iba contra el heredero *in tantum locupletior factus est*, y por la obligación de daños é intereses, en la medida que lo estuviera su causante, á quien representa.

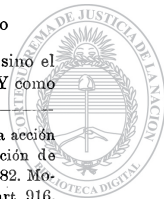
En el derecho francés la acción se concede al tercer adquirente á título singular, sea de buena ó mala fe; porque se considera que posee *animo* durante el año de la acción; así, el poseedor no es considerado como tercero extraño al hecho, con la diferencia de que no siendo despojante en realidad, no está obligado por los daños y perjuicios que hubiere causado él ó sus herederos, y así creo se debe considerar por nuestro derecho.

Molitor, n° 126, piensa que tratándose de la *réintégrande* (que es nuestra acción de despojo), cuando ha habido violencia y vías de hecho, el poseedor anual tiene dos acciones; contra el tercer poseedor tiene la *complainte* (la de manutención que comprende la de desposesión sin vías de hecho), tendente á hacerle restablecer en su posesión, y la *réintégrande* (despojo) contra el autor de la expoliación y sus herederos, que son personalmente responsables de los daños causados por el hecho de su autor, mientras el tercer poseedor no está obligado sino á restituir la cosa.

Woodon, n° 151, difiere de esta opinión, considerando tantas turbaciones sucesivas cuantas posesiones nuevas se suceden; así, dice: «no es como á *tercero* sino como autor *personnel* de un hecho que el nuevo poseedor puede encontrarse responsable y sujeto á acciones posesorias, porque la ley considera cada nuevo hecho como una nueva turbación ó una nueva usurpación». Así, la doctrina del Dr. Velez-Sarsfield, al final de la nota (a) que precede al art. 2351, no es exacta ni aceptada por los mismos autores en que la apoya.

Como las acciones posesorias sólo se conceden sobre inmuebles, no creo que puedan acordarse sobre las cosas muebles, puestas intencionalmente como accesorias del inmueble, sin estar unidas físicamente á él, porque éstas son consideradas como tales para el propietario y para los que hubieren adquirido derechos reales sobre el inmueble, sin qué lo sean para los terceros.

Los hechos de turbación no pueden determinarse y serán cuestiones que se resolverán según los casos; pero se debe tener presente que las



en su plenitud y libertad, sin tener en cuenta el título, sino el hecho actual de la posesión de la cosa, de su uso ó goce. Y como

palabras *atribuyéndose derechos*, no son bastantes para fundar una acción posesoria de manutención, aunque podrán dar lugar á una acción de jactancia, ó á la de daños y perjuicios.—Comp. TROPLONG, n° 282. MOLITOR Y WOODON, l. c. AUBRY Y RAU, § 187. Cód. DE CHILE, art. 916. FREITAS, arts. 4028 y 4029.—Véanse arts. 2471, 2472, 2482, 2490, 2495, 2501 y 3413.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2487.—Zachariæ, § 283.—Aubry y Rau, § 187.—Troplong, sobre el art. 2228, n° 287, 5ª condición.

Faltos de la S. C. N. — Aplicación del art. 2487.—El que no tiene, ni ha tenido la posesión, no puede deducir el interdicto de retener ni el de recuperar.

El interdicto de adquirir no puede obtenerse contra el que posee en su nombre, y como dueño ó usufructuario.

El que tiene justo título debe en ese caso intentar un juicio ordinario en el cual debe ser oído el poseedor.

De otro modo la posesión dada á consecuencia del interdicto sería un verdadero despojo.—XXII, 19.

El arrendatario no puede entablar contra el sucesor del propietario que le pide el inmueble por cesación del arriendo, el interdicto de retener, so pretexto de haber tratado con el propietario la venta de dicho inmueble.—XXIX, 466.

La acción, por la que el demandante pide, entre otras cosas, se le deje en libertad de vender una quinta, de que se dice propietario por título expedido por el Poder Ejecutivo, no es meramente posesoria.—XIX, 147.

El que no tiene, ni ha tenido la posesión, no puede deducir el interdicto de retener ni el de recuperar.—XXII, 19.

El interdicto de recobrar la posesión sólo puede intentarse contra el autor del despojo.—IV, 372.

El depositario judicial de un buque es acreedor privilegiado contra éste, por sus sueldos de tal.—XXII, 273.

Sin la prueba de la posesión anterior, no es posible admitir la acción de despojo.—XXXIII, 358.

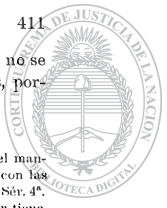
Probada la posesión anual de la parte demandante, y no probada la posesión anual posterior de la demanda, procede el interdicto que aquella deduce para retener la posesión.—XXXVII, 153.

Contra el que alega poseer por título de dueño, no procede el interdicto posesorio de adquirir.—XL, 8.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2487.—El interdicto no procede, si el que acciona no ha tenido jamás la posesión de la cosa.—Jur. Civ., V, 180. Sér. 3ª.

Procede el interdicto de adquirir, contra el detentador que reconociendo la propiedad en el actor, excusa su posesión con un error de hecho.—Jur. Civ., VI, 271, Sér. 4ª.

Para que el interdicto de adquirir los bienes de una sociedad, deducido por



el que posee una cosa mueble es dueño de ella, mientras no se pruebe lo contrario, ha negado acción posesoria para estos, porque se confunde con la peticitoria.

los que se dicen sus mandatarios, sea procedente, deben justificar que el mandato ha sido conferido por quien tiene autoridad legal, en la forma y con las solemnidades que los estatutos sociales requieren.—Jur. Civ., VIII, 341, Sér. 4°.

Es improcedente el interdicto de adquirir la posesión, si el poseedor tiene, por sentencias ejecutoriadas, reconocido el derecho de retención, en virtud de las mejoras hechas en la cosa.—Jur. Civ., X, 140, Sér. 4°.

Es procedente de adquirir siempre que presentado título que justifique el dominio, nadie posea á título de propietario ó usufructuario, sin que sea necesario que el actor haya tenido jamás la posesión.—Jur. Civ., IX, 408, Sér. 2°.

Procede la fijación de nuevo día para el juicio verbal, en el interdicto de adquirir.—Jur. Civ., XIII, 116, Sér. 3°.

La deducción de un interdicto de adquirir la posesión, hace prueba plena de que la tiene el demandado.—Jur. Civ., XII, 130, Sér. 4°.

La tramitación que la ley señala, no es aplicable cuando se pide la posesión de los bienes de una herencia.—Jur. Civ., IV, 30, Sér. 1°.

Para que proceda el interdicto de adquirir es requisito indispensable que nadie posea á título de dueño ó usufructuario, los bienes cuya posesión se pide.—Jur. Civ., VI, 175, Sér. 1°.

La misión en posesión, ordenada en juicio sumario, debe suspenderse siempre que exista un poseedor á título propio.—Jur. Civ., V, 284, Sér. 2°.

No puede ordenarse la posesión, sin audiencia del que á ella tenga derechos adquiridos.—Jur. Civ., I, 338, Sér. 6°.

De terrenos no expropiados á su debido tiempo, sólo concede al expropiante el derecho á la compra por el precio que tenga en la época en que se lleve á cabo y que debe ser fijado por peritos.—Jur. Civ., III, 543, Sér. 2°.

Para la procedencia del interdicto, ya sea de retener ó de recobrar, es indispensable justificar que el que deduce la acción tiene ó ha tenido la posesión.—Jur. Civ., VI, 175, Sér. 3°.

Quieta y pacífica y continuada por espacio de cuarenta años, hace procedente la prescripción, aun contra el fisco y bonifica cualquier vicio de que adolecieron los títulos.—Jur. Civ., VIII, 518, Sér. 2°.

Es requisito ineludible para que proceda el interdicto de retener, que el que lo intenta tenga la posesión.—Jur. Civ., X, 215, Sér. 4°.

Debe rechazarse el interdicto de recobrar, si el actor no produce prueba de su posesión.—Jur. Civ., IX, 215, Sér. 6°.

Sólo procede, cuando el que lo deduce tiene la posesión civil, no basta la simple tenencia á nombre de otro.—Jur. Civ., IV, 489, Sér. 2°.

Es improcedente el interdicto de retener tratándose de muebles.—Jur. Civ., VIII, 401, Sér. 1°.

Deducido por un sublocatario contra el propietario, es improcedente si éste no hubiese intervenido ni consentido la cesión del contrato de locación.—Jur. Civ., IV, 169, Sér. 4°.

El constructor de una obra, simple tenedor á nombre del propietario, carece de acción para deducir interdicto de despojo.—Jur. Civ., XII, 104, Sér. 3°.



Las cosas muebles no pueden ser objeto de la acción de despojo, sino cuando el poseedor fué despojado de ellas junto con el inmueble. Al despojado de cosas muebles corresponde únicamente la acción civil de hurto u otra semejante, haya ó no precedido la acción criminal (art. 2488), porque son independientes unas de otras.

(Art. 2488.) Las acciones posesorias se conceden para defender las cosas que uno no puede substraer á la acción de los terceros, porque no están permanentemente bajo nuestra acción inmediata, y en cualquier momento pueden ser tomadas, lo que no sucede con los muebles que se pueden guardar y defender mejor. Respecto de las cosas destinadas á una rápida circulación y que están bajo nuestro dominio efectivo, no necesitan de esta acción; por eso se ha considerado su posesión como el verdadero título de propiedad, con excepción de los casos de robo ó pérdida, ó de pertenecer al Estado ó ser reclamadas como accesorios de inmuebles.

La l. 1, § 6, tit. 16, lib. 43, Dig., dice: «es cierto que este interdicto no tiene lugar con relación á las cosas muebles, porque en caso de robo ó de bienes tomados por la violencia, hay una acción civil. Se puede también intentar la acción *ad exhibendum*». La verdad es que presumiéndose dueño al que la posee no se puede intentar contra él otra acción que la reivindicatoria. Las palabras, *cundo el poseedor fué despojado de ella junto con el inmueble*, comprenden no sólo las cosas que son accesorias del inmueble, sino todas las que se encontraban en él, pues, como dice la l. 1, § 33, tit. 16, lib. 43, Dig.: «comprendo no sólo aquello que el despojado tenía en el lugar como de su propiedad, sino lo que tenía encerrado á título de depósito, de préstamo, de prenda, ó las cosas de que sólo tenía el uso, el usufructo, ó la mera tenencia ó las que tenía en alquiler».

La restitución debe hacerse, sea que las cosas se encuentren aún en la heredad del que fué desposeído, sea que no se hallen allí, y aun cuando hubieran perecido sin su culpa, estaría obligado á pagar su valor.—Comp. POTHIER, *Poseción*, n° 130. MOLITOR, *Poseción*, n° 72, y FREITAS, art. 4035.—Véanse arts. 1091, 1101, 1102 y 2775.

No procede el interdicto de retener la posesión sobre bienes muebles.—Jur. Civ., I, 5, Sér. 5ª.

El interdicto de retener la posesión, sólo procede respecto de los inmuebles.—Jur. Civ., XV, 373, Sér. 4ª.

Debe rechazarse el interdicto de retener, si se funda en el despojo de muebles sin afectar el inmueble en que se encuentra.—Jur. Civ., IV, 105, Sér. 5ª.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2488.—Pothier, *De la posesión*, n° 107.—



Las cosas accesorias de un inmueble son aquellas que forman un todo con él, y que se han separado de la cosa á que estaban adheridas, viniendo á ser muebles por la separación, como en el caso del art. 2415, en que la posesión no vale por título.

§ 694. — DE LAS CONDICIONES NECESARIAS PARA EJERCER LAS
ACCIONES POSESORIAS. — TIEMPO

Por nuestro derecho se distinguen cuatro acciones posesorias que se reducen á tres. La acción para adquirir la posesión, que en realidad no es una acción posesoria, pero que se la ha reconocido como tal; la de despojo concedida á todo poseedor privado por la fuerza ó la violencia de la posesión, que no es una acción posesoria propiamente; la de recuperar la posesión usurpada; la de manutención para ser protegido contra cualquier turbación, y la de obra nueva que se considera como de despojo.

La base para conceder la acción posesoria, en el derecho romano, era la posesión y se hacía una distinción importante entre el que era despojado por la violencia, concediéndole el interdicto *unde vi* contra el cual no se podía deducir excepción alguna, y entre el que sin violencia ni fuerza había sido privado de la posesión ó aquel que era turbado, que sólo podía entablar el interdicto *uti possidetis*, entonces se facultaba al demandado para excepcionarse con la posesión viciosa ó no anual, según los casos.

Nuestro Código no ha legislado claramente esta materia y será necesario considerar la usurpación ó desposesión sin fuerza ni violencia, como una mera turbación, para aplicarle la regla general que somete á las acciones posesorias á un tiempo determi-

L. 1, § 6, Dig., *De vi*. Respecto á los muebles, no puede haber acción posesoria desde que la posesión de ellos vale por el título: siempre será indispensable entablar acción de dominio.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2488.—Debe rechazarse el interdicto de retener, si se funda en el despojo de muebles sin afectar el inmueble en que se encuentra.—Jur. Civ., IV, 105, Sér. 5°.

Véase fallo al art. 2487.—Jur. Civ., IV, 105, Sér. 5°.

Esta acción no es pertinente tratándose de cosas muebles, si el poseedor no hubiese sido despojado de ellos junto con el inmueble.—Jur. Civ., I, 456, Sér. 1°

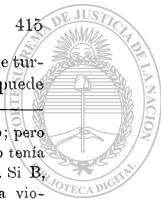


nado de posesión y á condiciones especiales. Así, en el despojo no se admite excepciones; pero en las demás acciones *el poseedor de la cosa no puede entablar acciones posesorias, si su posesión no tuviere á lo menos, el tiempo de un año sin los vicios de ser precaria, violenta ó clandestina* (art. 2473, 1ª parte).

Se ha dicho que nuestro Código reconoce la posesión como un derecho, y por consiguiente, tratándose de ella es fuera de lugar averiguar cuál es la clase del poseedor, por eso se dice: *la buena fe es requerida para las acciones posesorias* (art. 2473, 2ª parte).

(Art. 2473.) El Código no es claro en esta materia de suyo tan difícil, y ha definido las acciones posesorias, dejando sin resolución cuestiones de muchísima importancia. Nos habla en el art. 2456, de la usurpación de la posesión y de su interrupción, sin darnos una acción posesoria especial que la diferencia del despojo y de la turbación.

Se ha discutido extensamente en el derecho francés sobre este punto, y tres sistemas se han ideado; los unos enseñan que no hay necesidad de posesión anual; los otros exigen la posesión anual en todos los casos, y en fin, otros distinguen, cuando el demandante intenta la demanda contra el que había poseído un año contra el propietario, ó contra el que no había poseído antes que él; en el primer caso, le bastaba la posesión anual para vencer; en el segundo, la simple posesión. Finalmente, Pothier enseña, que por viciosa que sea la posesión, el poseedor despojado por la violencia debía ser reintegrado sin que pueda oponérsele excepción alguna, pero concede á la parte vencida la facultad de deducir después el posesorio, cuando pudiera invocar una posesión anual. ¿Cuál de estos sistemas ha aceptado nuestro Código? El art. 2490, ha adoptado la doctrina de Pothier, siguiendo la máxima; *spoliatus ante omnia restituitur*, y concede acción al despojado para ser restituído aunque su posesión sea viciosa y cualquiera que sea el tiempo de su posesión. Para la desposesión sin violencia ó la turbación, exige para reintegrarlo ó mantenerlo, que la posesión no sea viciosa y sea anual, pero cuando el usurpador ó perturbador no es un poseedor anual, cualquiera que sea el tiempo de la posesión del turbador debe ser protegido. Así, por ejemplo, A, poseedor vicioso, arrojado por B, de la posesión, debe ser reintegrado sin más prueba de que estaba en posesión y de que se le ha privado por la fuerza, sin perjuicio de que una vez restituído, B, pruebe á su vez que fué despojado por A, y obtenga la posesión. A, entra en la posesión de una casa desocupada, perteneciente á B, ésto puede entablar acción posesoria de reintegración, ó probando quo A, no tiene un año de posesión ó que ésta es



El que deduce una acción posesoria de reintegración ó de turbación, sólo tiene que probar su posesión; pero el demandado puede

viciosa á su respecto, ó demostrando que su posesión es de un año; pero deberá rechazarse su acción, si A, demuestra que B, no poseía ó no tenía un año de posesión ó que su propia posesión es anual y sin vicio. Si B, demuestra que A, poseía como su inquilino, ó que su posesión era violenta, será protegido en la posesión adquirida sin violencia. El despojo no es una acción posesoria en el sentido estricto, porque no está destinado á juzgar sobre su posesión; pero si lo son, la de reintegración y la de manutención.

De lo expuesto resulta: que la acción de despojo se funda en la máxima de que el despojado debe ser restituído ante todo, y sin excepción alguna; la de desposesión sin violencia, ni vías de hecho, da lugar al interdicto *recuperando possessionis*, fundado sobre la posesión anual; la de turbación da acción al interdicto *uti possidetis* y se basa también en la posesión anual; pero ambas no deben ser viciosas. La posesión debe ser siempre protegida cualquiera que sea su tiempo, cuando es turbada por un poseedor que no es anual, art. 2477.—Comp. TOULIER, IX, n° 126. TROPLONG, *Prescripción*, n°s 305 y 337. DURANTON, IV, n° 246. MERLIN, V°, *Vías de hecho*. MOLITOR, *Poseción*, n° 111. AUBRY y RAU, § 180, n° 3. LAURENT, XXXII, n°s 280 y sig.—Véanse arts. 2365, 2369, 2401, 2456, 2477 á 2481, 2494, 2495, 3980 y 3999.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2473.—El Derecho Romano no requería sino la posesión actual para intentar la acción posesoria. La acción posesoria era admitida, importando poco que la posesión fuese viciosa ó no, con tal que el vicio no fuera respecto al adversario.

La L. 3, Tit. 8, Lib. 11, Nov. Rec. para eximir al poseedor de la cosa por año y día, de la obligación de responder sobre la tenencia de ella, requiere la buena fe y justo título. Lo mismo la L. 1, Tit. 11, Lib. 2, F. R., y las leyes 192 y 242, *Del Estilo*.

La Ley, dice Troplong, ve un cierto número de hechos de goce públicos, no interrumpidos y pacíficos, ella los ve continuar durante un año: y de estos actos reiterados y patentes, deduce que el que los ejerce es propietario. Asimilado el poseedor anual al propietario quiere que no sea turbado hasta que se pruebe que el poseedor no es propietario. (Sobre el art. 2228, n° 337).

Fallos de la S. C. N. — Aplicación del art. 2473. — Para ejercitar los interdictos posesorios, es necesario haber poseído por más de un año.

Durante un juicio posesorio, no puede entablarse por el demandado el juicio petitorio, ni otro posesorio. — XXXV, 7.

El interdicto de recobrar debe ser rechazado, si no se acreditan por pruebas válidas y legales, los hechos de la posesión anual y de la violencia. — XXVIII, 442.



excepcionarse demostrando que el demandante no tiene una posesión anual, ó que su posesión es precaria, violenta ó clandestina respecto de él; á menos que él mismo se encontrase en las condiciones del art. 2477.

§ 695. — CONDICIONES DE LA POSESIÓN. — UNIÓN

En las acciones posesorias, con excepción de la de despojo, se viene á demostrar que la posesión por sí misma no es un derecho que merece siempre protección, porque no se la considera como tal, sino cuando ha llenado ciertas condiciones: debe ser anual, no ser viciosa ni precaria. Quiere decir, pues, que una posesión que no tiene un año, permanece como un hecho que no merece

Para ejercer las acciones posesorias, es necesario haber tenido una posesión no equivoca, á título de dueño, por el término de un año.—XXXV, 375.

Procede el interdicto de despojo contra el autor de los actos de turbación, aunque los haya ejecutado en nombre de otro. — XLV, 130.

La posesión precaria no da derecho al interdicto de retener, ni es acto material de perturbación el haber llamado al ocupante á pagar arrendamiento.— XLVII, 392.

No puede ser contestada la procedencia de la acción posesoria promovida en lugar de la iniciada sobre reivindicación, si el cambio de acción ha sido consentido por el demandado. — LVII, 102.

El que ha sido puesto en posesión á título de dueño, mediante gestión judicial del Gobierno local, tiene derecho á pedir el amparo en ella contra los actos perturbatorios de tercero. — LVII, 116.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2473.—La posesión tomada en ausencia del poseedor, adolece de clandestinidad. — Jur. Civ., II, 332, Sér. 2ª.

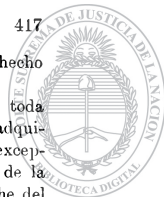
Los derechos de dominio que el poseedor clandestino puede invocar sobre el inmueble, debe hacerlos valer en juicio ordinario. — Jur. Civ., I, 58, Sér. 3ª.

El que sólo invoca un derecho á poseer, no puede deducir acciones posesorias, que la ley acuerda exclusivamente al que posee ó ha poseído.—Jur. Civ., IX, 348, Sér. 3ª.

No procede la orden de posesión, sin audiencia del poseedor. — Jur. Civ., IV, 34, Sér. 6ª.

Para que el interdicto de obra nueva ó despojo pueda prosperar, el despojado debe justificar que ha tenido la posesión por lo menos de un año antes de la obra. — Jur. Civ., III, 336, Sér. 4ª.

Debiendo considerarse una vía de tránvía inmueble por accesión, procede el interdicto de recobrar ó de despojo contra la Municipalidad que haya llevado á cabo el levantamiento de los rieles. — Jur. Civ., VII, 314, Sér. 4ª.



protección de la ley. Es el tiempo que viene á consagrar el hecho de la posesión y á dar al poseedor el derecho.

La posesión anual es una verdadera prescripción de toda acción posesoria, pues quita al uno el derecho para hacerlo adquirir al otro irrevocablemente, á lo que se debe agregar la excepción del art. 2477. El año debe contarse desde las doce de la noche del día en que fué tomada, hasta las doce de la noche del día en que termina; por eso se decía antiguamente que se necesitaba un año y un día, pues no se computaba aquel en que se tomó la posesión. En la posesión anual el poseedor puede prevalecerse de la de su autor, por eso dice el **art. 2474**: *para establecer*

(**Art. 2474**.) Se ha preguntado, si la posesión del comprador ó del donatario, cuya venta ó donación se ha declarado nula, podría unirse con la del vendedor ó donante, de manera que estos pudieran alegarla en su favor. En la l. 13, § 2, tit. 2, lib. 41, Dig., resuelve la cuestión Ulpiano diciendo: «hay algunos que piensan que no se pueden unir, porque en este caso la venta está resuelta, y otros opinan que el comprador aprovecha de la posesión del vendedor, y el vendedor del tiempo de la posesión del comprador. Esta opinión me parece la más probable». Y en la l. 19, tit. 3, lib. 41, Dig., agrega en el mismo caso Javolenus: «pienso que la posesión del comprador debe unirse á la del vendedor, porque esta cláusula resolutoria es semejante á las causas redhibitorias».

Ha sido vivamente controvertida la opinión de que puede unirse la posesión del que ha tenido la cosa más de un año y ha sido vencido en el juicio petitorio, con la que adquiere el vencedor; fundada en la l. 13, § 9, tit. 2, lib. 41, Dig., que dice: «cuando la posesión de una cosa me ha sido entregada por la justicia, se decide que puedo servirme del tiempo que ella ha sido poseída por mi adversario». Participo de la opinión contraria sostenida por Aubry y Rau, § 181, nota 8, no sólo por las razones que expresan, sino porque el que poseyó un año y prescribió para sí la acción posesoria, no tiene vínculo alguno de derecho con el reclamante, falta la razón que ligue las dos posesiones. Además, la sentencia es sólo declarativa de los derechos y la dada en el petitorio no podría hacer desaparecer la interrupción de más de un año, y menos aun con relación á terceros.

Respecto á los sucesores universales, éstos no unen su posesión á la de su autor, la continúan. Por esa razón no estoy conforme con los que sostienen, que fuera de los casos del art. 3410, sea necesario pedir la posesión judicial para ejercer acciones posesorias; bastará que tomen la



la posesión anual, el poseedor puede unir su posesión á la de la persona de quien la tiene, sea á título universal, sea á título particular.

La posesión del sucesor universal se juzgará siempre unida á la del autor de la sucesión; y participa de las calidades que ésta tenga (art. 2475, 1ª parte), porque civilmente representa su

posesión material ó que la tengan para defenderse, desde que poseen á título de dominio y tienen además el derecho de poseer, pero les bastará la posesión dada por el juez, aunque no posean, materialmente.—Comp. MERLIN, *Rep.* Vº, *Prescripción*, sec. 1, § 5, art. 3, nº 8. AUBRY y RAU, § 181, nota 8. VAZEILLE, *Prescripción*, n.ºs 176 y 177. MARCADÉ, al art. 2235, y TROPLONG, n.ºs 448 y sig. CÓD. DE CHILE, art. 919. MOLI-TOR, nº 99. — Véanse arts. 2475 á 2476, y 3421.

(Art. 2475.) El sucesor universal ó el heredero, no pueden cambiar por su propia voluntad la causa de su posesión, y mientras un tercero no les dé un nuevo título de adquisición, continuarán la de su causante, así como sus herederos y los herederos de sus herederos *in infinitum*, pero esto no importa decir, que no puedan ejercer la acción de despojo, aun contra el mismo dueño, ni que creyéndose dueños de buena fe, puedan ser inquietados ó desposeídos por terceros que no tengan derecho de posesión; porque ésta sólo es viciosa respecto del dueño ó del que entregó la cosa á su causante, y no puede ser turbada por terceros contra los cuales podría defenderse con su propia posesión. Por el contrario, cuando posee á título singular, su posesión es independiente de la de su causante, y la expresión de, *puede separarse* no es exacta, porque no se une necesariamente; es mejor la del artículo anterior que dice *puede unirse*, porque es facultativo, y para unirla necesita que tenga las mismas calidades. Es evidente que cuando la posesión de su causante sea viciosa no la unirá. Será indiferente para la adquisición de las acciones posesorias, que el adquirente haya sabido ó no que la posesión del enajenante era viciosa, porque eso en nada altera su derecho.

Quando el heredero es de los que debe pedir la posesión de la herencia, sólo la adquiere tomándola materialmente, ó si el juez se la da. La expresión de sucesor singular está tomada en oposición á

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2474. — Véase fallo al art. 2456. — XVI, 347.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2474. — Véase fallo al art. 2363. — Jur. Civ., IV, 47, Sér. 5ª.



misma persona y es su continuación, en realidad no hay unión de posesión, es la misma continuada en la persona del sucesor. Esto no importa decir que el sucesor, á título universal, adquiera la posesión por la muerte de su causante, pues el único caso de excepción, es el art. 3410, en la sucesión de ascendientes y descendientes, é indica que es necesario tomarla en los demás casos. Tampoco se dice que sea necesario pedir la posesión judicial para deducir acciones posesorias, pues bastará estar en posesión de la cosa ó haberla tomado y ejercer actos de dominio para tenerlas, y la posesión del curador de la herencia, le aprovechará.

Una vez que el heredero haya tomado posesión, ó cuando entra legalmente sin tomarla, en el caso del art. 3410, su posesión es la de su autor; así cuando éste no era poseedor vicioso, el tiempo que poseyó su causante, se unirá al que el heredero posee, y aun se contará el tiempo durante el cual la sucesión estuvo vacante en poder del curador. Pero cuando la posesión era viciosa ó precaria, el tiempo de la posesión de nada le servirá, continuará poseyendo la cosa con los mismos vicios, y no podrá ser amparado sino en caso de despojo.

Sucede lo contrario cuando se trata del poseedor á título particular, porque *la posesión del sucesor por título singular puede separarse de la de su antecesor. Sólo podrán unirse ambas posesiones si no fuesen viciosas* (art. 2475, 2ª parte), porque el causante ha poseído separadamente, y si su posesión era viciosa, ese vicio no puede dañar al nuevo adquirente que no es responsable de él. Y esto sucede, sea el sucesor singular por un acto entre vivos ó por causa de muerte; así, el legatario no es perjudicado en la posesión adquirida, por el vicio que tenía la de su causante. Como

la del sucesor universal.—Comp. MOLITOR, *Posesión*, n° 100. WOODON, n° 229 y notas del Dr. VELEZ-SARSFIELD, á los arts. 2354 y 4005.—Véanse arts. 2354, 2476, 3273, 3300, 3415, 3418, 4001, 4004 y 4005.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2475.—Molitor, *De la posesión*, n° 100.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2375.—La posesión del sucesor universal, se juzga unida á la del autor de la sucesión.—Jur. Civ., VII, 190, Sér. 2ª.

Véase fallo al art. 2363.—Jur. Civ., IV, 47, Sér. 5ª.



son dos posesiones independientes, nada le impide al adquirente valerse de su propia posesión.

Para que las dos posesiones puedan unirse, es necesario que ellas no hayan sido interrumpidas por una posesión viciosa, y que procedan la una de la otra (art. 2476); así, cuando A, ocupó por la

(**Art. 2476.**) *No ser interrumpidas*, importa no estar separadas por una posesión extraña; es decir, que se puedan unir inmediatamente; así, cuando después de la muerte del causante, un tercero por usurpación ó despojo adquiere la posesión de la cosa, y el heredero se la hace entregar en juicio, éste no puede unir su posesión á la del usurpador, porque esa posesión es viciosa. La l. 13, § 3, tít. 2, lib. 41, Dig.: supone que un hombre libre ó un esclavo poseído de buena fe por otro que su señor haya adquirido una cosa... recobrada la libertad por el hombre, ó recobrado el esclavo por su señor, este no puede aprovechar del tiempo de la posesión corrida mientras la cosa haya estado en manos del poseedor de buena fe. Las posesiones deben ligarse inmediatamente la una á la otra, y ser la una la causa de la otra. Que ninguna de las dos posesiones sea viciosa, porque de otro modo no podrían unirse; así la posesión del despojante no podrá unirse á la de aquel á quien hubiera transmitido la cosa por contrato. Finalmente, debe existir entre las dos posesiones un vínculo de derecho que las una; es decir, un título que transmita la cosa; cuando A, ha ocupado una casa desocupada y la abandona, entrando B á poseerla, éste no podría invocar la posesión de A, porque no hay vínculo de derecho entre ellos.

En cuanto al usufructuario ó usuario, que á pesar de no poseer á título de dominio pueden ejercer acciones posesorias, no tienen necesidad de unir su posesión á la del nudo propietario por quien poseen; pero pueden hacerlo en caso necesario, ó dejar que éste deduzca la acción posesoria, sin uniendo su posesión, sino alegándola desde que posee por medio del usuario ó usufructuario.

En cuanto á la posesión del legatario, puede unirla en ciertos casos á la del heredero que continúa siendo la persona del causante, y se reputa que recibe la cosa de sus manos.—Comp. POTHIER, *Prescripción*, n^{os} 115 y sig. TROPLONG, *Prescripción*, n^{os} 444 y 452. WOODON, n^o 231. MOLLITOR, *Poseción*, n^o 100. MERLIN, V^o, *Prescripción*, sec. 1, § 5, art. 3, n^o 8, y DALLOZ, V^o, *Prescripción*, n^o 386.—Véanse arts. 2474, 2475 y 2481.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2476. — Si A, hubiese ocupado por violencia una cosa que después hubiese abandonado, y que B hubiese venido á



violencia una casa que después ha abandonado, ocupándola B, este no puede unir su posesión á la de A, porque es viciosa y porque no existe el vínculo de derecho que las ligue entre sí. Es, pues, necesario que las dos posesiones no tengan el vicio de violencia, clandestinidad ó abuso de confianza y que se ligen inmediatamente sin estar separadas por una posesión viciosa, estando unidas por un vínculo de derecho entre el autor y el sucesor.

Cuando la posesión se toma sin violencia, entrando en un inmueble que se creía abandonado, es el caso de usurpación; si el poseedor transmitió la cosa á otro, se pueden unir las dos posesiones; pero si la ha abandonado y el segundo la tomó, no puede unirla porque falta el vínculo legal para que la transmisión tenga lugar.

Si bien la ley exige, como una regla general, para acordar la acción posesoria, que la posesión sea anual, porque recién la considera digna de protección, no tratándose de actos violentos; sin embargo, esa regla no rige para los casos en que el perturbador ó usurpador no tuvieron á su vez una posesión anual, porque entonces considera al poseedor como que tiene más derecho que el perturbador, y se admite, por consecuencia, que *la posesión no tiene necesidad de ser anual, cuando es turbada por el que no es un poseedor anual, y que no tiene sobre la cosa ningún derecho de posesión (art. 2477)*, pues este derecho, se adquiere

(**Art. 2477.**) Nuestro artículo decide la controversia suscitada en derecho francés, sosteniendo unos que la posesión debe ser anual para

ocuparla, B no podía prevalerse de la posesión de A: él no podría invocar sino su propia posesión. De aquí concluye Molitor, que para que haya lugar á la unión de dos posesiones, son necesarias tres condiciones:

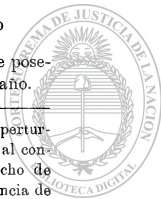
1^a Que las dos posesiones no sean viciosas;

2^a Que se ligen inmediatamente, sin que estén separadas por una posesión viciosa;

3^a Que se ligen por un vínculo de derecho entre el autor y el sucesor.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2476.—En el juicio de deslinde, autorizado por el art. 2746, Cód. Civil, la posesión del propietario antiguo no puede fundar una acción posesoria en contra del ejercicio de la acción de deslinde y sólo puede invocarse en el mismo juicio como elemento de prueba en favor de sus pretensiones. — XXXV, 65.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2476.—Véase fallo al art. 2363. — Jur. Civ., IV, 47, Sér. 5^a.



por la posesión, con relación al perturbador que no tiene posesión anual, y para todos, cuando la posesión ha sido de un año.

ser protegida, y otros que basta la sola posesión, cuando el perturbador ó usurpador no tiene un año. La verdad es que la ley al conceder acciones posesorias, ha considerado que existe un derecho de posesión digno de ser protegido, y cuando se encuentra en presencia de un poseedor y de otro que lo turba, sin que ninguno tenga el año que haga adquirir irrevocablemente el derecho, debe decidir cuál merece la protección; en ese caso se debe hacer este razonamiento: si B, usurpó sin violencia la posesión que tenía A, y éste viene requiriendo la protección de la ley, debo averiguar si B, tiene una posesión anual, en cuyo caso ha adquirido el derecho de posesión y debe desechár la pretensión de A; pero si no la tiene, y no ha adquirido el derecho, debe proteger á A, sin consideración al tiempo de su posesión, porque está obligado á mantener el hecho, y restituir las cosas como estaban antes de la turbación ó usurpación. Si fuera el mismo propietario ó el usufructuario que hubieren turbado ó usurpado la posesión, sin que tuvieran posesión anual, están en el mismo caso y deben obtenerla por la vía judicial. Téngase presente que se trata del derecho *de posesión* (independiente del derecho de propiedad), que se adquiere con la posesión durante un año, que no es el derecho *á la posesión* ó el *derecho de poseer* que se funda en un título de adquisición, y esta diferencia se hace más clara en los arts. 2471 y 2472. El perturbador ó usurpador que no tenga un año, cualquiera que sea el tiempo de la posesión del perturbado, debe ser condenado á la restitución ó á cesar en la perturbación.—Comp. MOLITOR, *Posesión*, n° 101. MARCADÉ, al art. 2228, n° 78. GRENIER, *Acciones posesorias*, n° 37.— Véanse arts. 2469, 2471, 2472 y 2490.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2477.— Una posesión actual, dice Garnier, es siempre respetable: nadie puede turbarla, ni despojar al que la tiene, á no ser que el mismo tenga una posesión más antigua que no haya sido interrumpida durante un año. (*Tratado de las acciones posesorias*, pág. 36). Una heredad está vacante, yo tomo posesión de ella, la poseo durante tres meses: he cultivado y sembrado el campo y se me turba en esta posesión. Es claro que si el autor de la turbación es poseedor anual, yo no puedo ser mantenido en la posesión respecto de él, pero si él nunca hubiese poseído la heredad ¿yo tendría yo acción contra él? El Cód. Francés la niega, pues exige en todo caso para la acción posesoria que la posesión sea de un año, contra lo cual están muchos escritores de esta Nación.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2477.— Para establecer la posesión actual puede unirse la posesión del actual poseedor á la de la persona de quien la hubo por título translativo de dominio.



§ 696.—CONDICIONES DE LA POSESIÓN.—(Continuación)
POSESIÓN PACÍFICA

Se ha dicho que las acciones posesorias (aun comprendiendo impropriamente la de despojo, que es, una disposición de orden público y no un juicio sobre posesión), estaban destinadas á proteger el derecho que da la posesión cuando se han llenado ciertas condiciones. Así como la posesión para dar el derecho de posesión, debía ser anual y no viciosa respecto del perturbador ó usurpador, debe ser también pacífica; por eso dice el **art. 2478**: *para que*

(**Art. 2478.**) Nuestro artículo ha decidido la controversia suscitada en derecho francés, sobre si la palabra *pacifica* importaba una nueva condición diferente de la de poseer sin violencia, si es que no debía ser turbada por actos violentos, como lo enseñan Troplong, Marcadé y Molitor, contra la opinión de Zachariae, Delvincourt, Maleville y Aubry y Rau. No creo que esta doctrina sea inconveniente y arbitraria, ni que favorezca indirectamente la violencia y el despojo contra el poseedor pacífico; sino que por el contrario, proporciona un medio para defenderse contra la usurpación del poderoso. Si bien es cierto que el poseedor comenzó su posesión pacíficamente y no ha ejercido actos de violencia, sino que por el contrario, los ha rechazado y no puede ser considerado como poseedor violento, también lo es que su posesión no ha sido pacífica.

No se debe confundir el *derecho de posesión* adquirido por la posesión pacífica de un año, con la posesión para adquirir el dominio, y si estas turbaciones momentáneas no interrumpen la prescripción, no es lo mismo respecto de la posesión. Las acciones posesorias son remedios extraordinarios, acordados sólo á la posesión, que comienza por ser un hecho que la ley convierte en derecho mediante ciertas condiciones, y no debe prestar su autoridad para legitimar la usurpación, como sucedería si no atendiese á las protestas de hecho del que reclama su cosa del usurpador; esto sería favorecer indirectamente la violencia, se dice; más en la mano del que tiene la posesión está la facultad de hacerla cesar ocurriendo á la autoridad; pero se guardará de hacerlo, si es un usurpador, porque no tiene derechos que alegar, en ese caso la autoridad no debe prote-

No es necesario que la posesión sea anual, cuando es turbada por quien no tiene sobre la cosa ningún derecho de posesión. -- XVI, 348.



la posesión de acciones posesorias, debe haber sido adquirida sin violencia; y aunque no haya sido violenta en su principio, no haber sido turbada durante el año en que se adquirió por violencias reiteradas; pues los actos de violencia no pueden fundar una prescripción, y porque la posesión ha podido no ser violenta, y sin embargo, no ser pacífica.

Como se trata de la prescripción del derecho de posesión, ó del que concede la posesión tenida durante un año, es necesario que esa posesión no haya comenzado por ser violenta, ni haya sido protestada durante ese tiempo. Así, el que ha tomado posesión de una cosa violentamente y se ha mantenido durante un año en ella, teniendo secuestrado al legítimo poseedor, es claro que no ha podido adquirir el derecho de posesión, porque ha comenzado por la violencia, y la ha continuado, y mientras esta no

gerlo. Todos están conformes en que el artículo se refiere á la posesión pacífica, como una nueva condición necesaria para ejercer la acción posesoria.—Comp. TROPONG, n° 350. MARCADÉ, al art. 2234, n° 95, y MOLITOR, *Posesión*, n° 102.—En contra, AUBRY y RAU, § 180, nota 23. MALEVILLE, al art. 2229. DELVINCOURT, II, parte 1ª, pág. 210, y ZACHARIE, § 215. — Véanse arts. 936, 937, 2364, 2365, 2368, 2371, 2456, 2471, 2473, 2481 y 2984.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2478.—Zachariæ, § 287. — Es preciso entender por violencia no sólo las vías de hecho, sino también la violencia moral. La violencia comprende esencialmente las amenazas graves y serias que se hubiesen empleado respecto al legítimo poseedor. Esta aun es la única que es susceptible de ser continuada y de cesar, pues que la violencia física no es sino un hecho pasajero. En todos los casos es preciso no confundir la violencia que vicia el título, con la que vicia la posesión misma.

El título, el contrato translativo de la propiedad, puede ser viciado por la violencia sin que lo sea la posesión. El título es entonces rescindible, pero la posesión no dejaría de ser protegida por la acción posesoria, si exenta de violencia, hubiese durado un año reuniendo los otros caracteres requeridos por la ley.

En cuanto á la cuestión de saber respecto de quien la posesión debe ser exenta de violencia, debe observarse que la violencia no es un vicio absoluto, y basta que la posesión esté exenta de ese vicio respecto del adversario. Si el demandado no ha sufrido en efecto violencia alguna, no podrá defenderse con hechos que se refieran á otra persona. (Molitor, *De la posesión*, n° 102.—Tropong, sobre el art. 2228, n° 370).

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2478. — Véase fallo al art. 2473. -- Jur. Civ., III, 396, Sér. 4ª.



cese, no puede adquirir el derecho. Pero la posesión puede haberse adquirido pacíficamente, por ejemplo, tomando un campo abandonado, y es indudable que si durante el año nadie me hubiera interrumpido, habría adquirido el derecho de posesión y tendría lugar á ser protegido contra cualquiera; pero si una vez entrado y antes del año, el propietario ú otro que creyera tener derecho me hubiera intentado desposeer por la fuerza, que he rechazado, así como los demás ataques sucesivos, en ese caso la ley no me reconoce una posesión pacífica, porque no he gozado tranquilamente durante el año, pues, como dice Marcadé: «es claro como la luz que nada es menos pacífica que una posesión constantemente turbada y atacada constantemente por un rival».

La posesión que ha comenzado por ser pacífica y se ha mantenido por la violencia, es incapaz para operar la prescripción de un año y adquirir el derecho de posesión, no porque sea violenta, pues comenzó pacíficamente y ha podido con derecho rechazar la fuerza con la fuerza, sino porque no ha poseído pacíficamente: su posesión ha sido violentada por ataques repetidos.

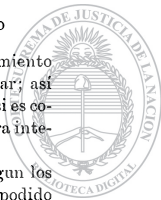
Es necesario, pues, que la posesión tenga un año sin turbación de ninguna clase; pues cada violencia deja sin efecto la posesión anterior. Así como la prescripción para adquirir se considera interrumpida, cuando se priva al poseedor durante un año del goce de la cosa, y queda sin efecto la posesión anterior, así en este caso cada violencia deja sin efecto la posesión.

§ 697. — CONDICIONES DE LA POSESIÓN. — (*Continuación*)

DEBE SER PÚBLICA

La condición de que *para que la posesión dé lugar á las acciones posesorias debe ser pública (art. 2479)*, tiene por objeto, no que

(**Art. 2479.**) Cuando la posesión ha comenzado por ser clandestina, dejará de serlo para el que tenga el derecho de contestarla, desde el momento que haya llegado á su conocimiento; así puede continuar siendo clandestina para los demás, pero será pública para el que la conocía. La publicidad que la ley exige es con el solo objeto de que llegue á conocimiento del que podría contestarla, y esto se llena desde que conoce el hecho de la posesión; y por el contrario, siendo pública no se le admi-



sea conocida de todos, sino que no se substraiga al conocimiento de los que podrían oponerse ó tendrían derechos que alegar; así puede no ser conocida de todos, y sin embargo, ser eficaz, si es conocida del propietario ó del usufructuario, ó del que tuviera interés en reclamarla.

La posesión es reputada pública y no clandestina, según los actos que se hubieran ejecutado y la facilidad con que han podido ser vistos. Así, una posesión que para los demás es clandestina, no lo es, si el propietario ó el que tenía derecho de contestarla la conociere, ó puede comenzar por ser clandestina y perder ese carácter por la publicidad que se le diera; y á la inversa, puede comenzar por ser pública y llegar á ser clandestina, si en seguida se comenzaran á ejecutar actos para ocultarla al que debe reclamarla.

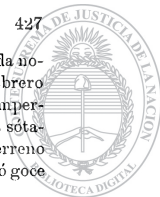
Se puede juzgar clandestina toda posesión que no está á la vista de los demás, ni tiene medios de ser conocida de los que pueden contestarla, como la excavación de sótanos bajo la casa ajena,

tiría la excepción de que no la conocía. Los actos de posesión ejecutados durante la noche, se reputan clandestinos, á menos que por su naturaleza debieran ejecutarse en ese tiempo.—Comp. POTHIER, *Prescripción*, n° 37. MOLITOR, *Posesión*, n° 203. PROUDHON, *Dominio privado*, n° 472. TROPLONG, al art. 2229, n° 351.— Véanse arts. 2364, 2369 á 2371, 2473 y 2490.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2479.— Exigir la publicidad de la posesión, no es exigir que sea conocida del propietario, basta que sea tal que el propietario haya podido conocerla. Los actos aunque no sean públicos pueden constituir una posesión válida, si hubiesen sido conocidos del propietario, porque la publicidad requerida no tiene por objeto sino establecer la presunción de que los actos han sido conocidos por él. Los actos posesorios son reputados públicos ó clandestinos, menos por razón del número de testigos que los han presenciado, que por razón de la facilidad con que cada uno ha podido conocerlos. Así, los actos posesorios ejecutados de noche siempre son reputados clandestinos, y lo mismo los trabajos subterráneos. Molitor, *De la posesión*, n° 103.— Pothier, *De la prescripción*, n° 37.— Proudhon, *Dominio privado*, n° 472.

Fallos de la S. C. N.— *Aplicación del art. 2479.*— La construcción de un cerco dentro del terreno que es materia de un juicio de deslinde pendiente entre las partes, y que impide el tránsito que estaba usando el actor, autoriza la acción posesoria por interdicto de obra nueva.—XLV, 136.

El poseedor á título de dominio tiene derecho para impedir que se le moleste en su posesión, y para solicitar el desalojo del turbador.—XXXIV, 236.



ó aquella que se toma paulatinamente de modo que no pueda notarse, como se ha juzgado por la Corte de París en 28 Febrero 1828, tratándose de usurpaciones graduales, casi siempre imperceptibles, que le dan el carácter de clandestina. Pero si los sótanos ó excavaciones se hubieran hecho públicamente en el terreno vecino, la posesión no viene á ser clandestina, porque el uso ó goce no haya sido público.

¿La clandestinidad es un vicio absoluto, ó sólo relativo á aquel que tiene derecho para contestar la posesión? Por ejemplo, si creyendo dueño á B, le he ocultado la posesión, pero A, la conoce, por tener relación conmigo; más aún, he tomado su parecer en ciertos casos relativos á esa misma posesión.

¿Puede A, alegar que la posesión es clandestina? No lo creo, porque la regla es, que las condiciones requeridas son contra el adversario. La ley romana, dice: *nec vi, nec clam, nec precario, ab adversario*; deben, pues, tomarse en el sentido relativo. La posesión puede ser precaria, violenta ó clandestina para una persona, pero esa circunstancia no aprovecha á los demás respecto de los cuales no tenga esa calidad.

§ 698. — CONDICIONES DE LA POSESIÓN. — (Continuación)

DEBE SER CONTINUA Y NO PRECARIA

En el derecho romano la palabra *precario* significaba una concesión revocable á la voluntad del propietario, y ese es el sentido que le da nuestro art. 2285, tratándose del comodato; pero en la posesión se debe entender como dice Molitor, á quien sigue el Dr. Velez-Sarsfield en la nota, á toda concesión que no es hecha á título de propietario, ó en la que los derechos de éste se han reservado al conceder la cosa. Pero según esta manera de entender el precario, resultaría que el locatario, usuario, usufructuario, mandatario, tutor, acreedor anticresista, etc., serían considerados como que tienen una posesión precaria y no podrían ejercitar acciones posesorias, lo que no es exacto; así es que no debemos tomarla en un sentido absoluto.

De estos poseedores se debe distinguir entre los que tienen una fracción del derecho de propiedad, y que pueden considerarse

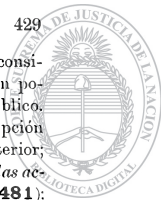


con justo título como *juris possessor*, de los que sólo poseen á nombre del dueño, y es en su nombre que ejercen las acciones posesorias. Así, el usuario y el usufructuario son poseedores precarios en el sentido de que no poseen *animo dominio*, desde que tienen la cosa á nombre del propietario; pero ejercen un derecho propio distinto del de propiedad, es una fracción de esta. Esta doble calidad les impide prescribir la cosa que tienen, porque respecto á la propiedad total son poseedores precarios, mientras no lo son con relación á la fracción del derecho que ejercitan.

El mandatario, tutor, etc., que poseen á nombre del propietario, son poseedores precarios, y si ejercen acciones posesorias lo hacen en nombre y representación de aquél. Así, cuando se dice: *la posesión para dar derecho á las acciones posesorias no debe ser precaria, sino á título de propietario* (art. 2480), se entiende de

(Art. 2480.) ¿Qué se entiende por poseer á título de propietario? Es ejercer sobre la cosa, no sólo el derecho pleno de la propiedad, sino también una desmembración de él, como el usufructuario ó el usuario que ejercitan su derecho, no á nombre del dueño, sino á título propio, porque son dueños de una fracción de la propiedad, aunque su derecho sea revocable; lo mismo se podría decir del derecho de servidumbre sobre una heredad. Pero el inquilino y el comodatario no se encuentran en la misma condición, porque no son dueños de ninguna fracción del derecho de propiedad; tienen la posesión á nombre del dueño, y el goce de la propiedad adquirido por contrato no representa una desmembración de ésta, son simples tenedores de la cosa. El art. 3944 es una excepción á este principio general. En las cosas que son de uso público, la tolerancia en el uso no puede crear derechos de posesión. — Comp. MOLITOR, *Poseción*, n.º 104. PROUDHON, *Dominio privado*, n.º 474. — Véanse arts. 2358, 2364, 2372, 2473 y 2876.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2480.—La palabra precario tiene hoy una significación más extensa que la que le daba el Derecho Romano, porque no sólo significa una concesión revocable á voluntad del propietario, sino que se aplica á toda concesión que no es hecha á título de propietario, á toda concesión en la cual los derechos de propiedad son reservados al que ha concedido la tenencia ó posesión de la cosa. Se dirá que el usufructuario sin ser propietario, tiene las acciones posesorias, pero el usufructuario es *juris possessor*: es un poseedor precario respecto á la cosa que posee á nombre de otro, y no precario en su calidad de *juris possessor*, pues que ejerce su derecho como un derecho distinto, como una fracción de la propiedad, que para



cada cosa ó derecho que no posea á nombre propio, y por consiguiente, están comprendidas aún las cosas que no se pueden poseer por estar fuera del comercio, ó ser destinadas al uso público.

La posesión anual reposa sobre una verdadera prescripción alegada por el que ha poseído la cosa, contra el poseedor anterior; de ahí se deduce, que *la posesión anual para dar derecho á las acciones posesorias, debe ser continua y no interrumpida (art. 2481):*

(Art. 2481.) La posesión anual da el *derecho de posesión*, y su único efecto es conferir acciones posesorias, siempre que no haya sido interrumpida durante el año por actos de terceros. Se trata aquí del derecho que confiere la posesión, y no del *derecho de poseer* que se funda en un título. Los principios sobre la interrupción de la prescripción, pueden aplicarse en cuanto sean compatibles con lo estatuido en la posesión, haciendo la diferencia, que en unos se trata de la adquisición de la propiedad y en otros de la posesión; que la interrupción en la prescripción para adquirir debe ser de un año, mientras que para la posesión, cualquiera que sea el tiempo, la deja sin efecto. No creo que la suspensión pueda aplicarse, porque el derecho de posesión que se adquiere por la

él constituye un *dominio juris*. Molitor, n° 104. — Proudhon, *Domínio privado*, n° 474.

Fallos de la S. C. N. — Aplicación del art. 2480. — Las servidumbres discontinuas, aparentes ó no aparentes, no pueden establecerse por el solo destino que tuviese dado á los inmuebles el propietario de ellos: y su cuasi-posesión no basta por sí sola para fundar una acción posesoria.—XXVII, 491.

Para que proceda un interdicto posesorio, es necesario que el actor tenga la posesión á título de propietario, desde un año, y sin los vicios de precaria, violenta ó clandestina. — XXIX, 88.

El poseedor á título de dominio tiene derecho par impedir que se le moleste en su posesión, y para solicitar el desalojo del turbador. — XXXIV, 256.

Para ejercer las acciones posesorias, es necesario haber tenido una posesión no equívoca, á título de dueño, por el término de un año.—XXXV, 375.

Véase el fallo al art. 2479. — XLV, 136.

La posesión precaria no da derecho al interdicto de retener, ni es acto material de perturbación el haber llamado al ocupante á pagar arrendamiento.— XLVII, 392.

Sin la prueba de hallarse el demandante en actual posesión de la cosa. no procede el interdicto de retener. — LVI, 360.

El interdicto de precario procede contra el precario tenedor que resiste la cosa á quien se la dió en precario, y contra quien la recibió de aquel, con dolo malo. — X, 23.

Tenedor de precario es quien recibe la cosa para tenerla á disposición del dueño y entregársela en cualquier momento que se le pida.—X, 23.



pero no se debe confundir con la continuidad ó no interrupción de la prescripción para adquirir la propiedad, ni tampoco la que comprende el ejercicio constante de los actos de posesión, con la no interrupción, que se refiere á la ausencia de hechos por parte de terceros que vayan á turbarla.

La posesión anual se adquiere ejercitando actos de dominio, á título de propietario, y se debe continuar con toda independencia y libertad para conservarla, excluyendo á los demás de los actos que importen compartir con ellos el goce de la cosa, ó excluyan la misma propiedad; así, por ejemplo, tratándose de un

posesión anual, corre contra toda clase de personas y en cualquier circunstancia. — Comp. MOLITOR, n° 105. WOODOX, n° 231. PROUDHON, *Dominio privado*, n° 470. — Véanse arts. 2372, 2456, 2471, 2473, 2476 y 2477.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2481. — Proudhon, *Dominio privado*, n° 470.

Es preciso no confundir la discontinuidad de la posesión, con la interrupción de la posesión. Sin duda que una posesión es discontinua, cuando ha sido interrumpida, pero una posesión puede ser discontinua, sin haber sido interrumpida. La discontinuidad tiene por causa la omisión del que posee, mientras que la interrupción supone un hecho positivo, sea el hecho del poseedor, por ejemplo, el reconocimiento que hiciese del derecho del propietario sea el hecho de un tercero, como una desposesión ó una citación á juicio.

La posesión que ha durado un año no puede ser interrumpida por actos aislados: puede serlo solamente por una posesión de un año igualmente no interrumpida. La posesión que no cuenta un año es interrumpida, al contrario, por actos que impidan al poseedor gozar de la cosa, y que son ejecutados con esa intención.

Toda interrupción de la prescripción de la posesión, hace considerar á la posesión anterior como si no hubiese existido.

Fallos de la S. C. N. — *Aplicación del art. 2481.* — Para ejercitar los interdictos posesorios, es necesario haber poseído por más de un año.

Durante un juicio posesorio, no puede entablarse por el demandado el juicio petitorio, ni otro posesorio. — XXXV, 7.

La acción posesoria para recuperar la posesión se prescribe por un año. — XV, 275.

Probada, por los hechos, por la no contradicción de la contraparte y por la fecha del título, art. 57, Título *De la prescripción*, Cód. Civil, la posesión anual; probada la pérdida de la posesión sin citación ni audiencia en juicio, y entablada la acción posesoria antes del año de haberla perdido, debe ordenarse su restitución con los accesorios, pago de costas y resarcimiento de daños y perjuicios. — XV, 275.



campo, si uno se hubiera limitado á sembrarlo, mientras el otro hiciera la cosecha como propia, no podría alegar el primero que lo había poseído; lo mismo sería si durante el año uno sembrase y recogiese la cosecha, y el otro hiciera pastar sus animales una vez concluida. Será necesario de actos exclusivos de propiedad, para que la posesión anual pueda ser adquirida, á menos de demostrar que se han ejercido con su permiso.

La posesión puede no ser continua, y sin embargo, no ser interrumpida; lo que demuestra que la continuidad responde á un orden de ideas completamente diverso, en algunos casos; porque si bien es cierto que una posesión interrumpida no es continua, también lo es que puede no ser continua sin ser interrumpida. La continuidad se refiere á los actos de posesión constante, que dependen de los realizados por el mismo poseedor; mientras la interrupción comprende actos de terceros que vienen á ejercer dominio sobre la cosa, ó que la reclaman ante la justicia.

Para que la interrupción pueda surtir efecto, es necesario que la prescripción no se hubiere cumplido, porque si fuera después de un año, ya no perjudicaría; pues el *derecho de posesión* estaría definitivamente adquirido, á menos que el interruptor no poseyera á su vez por el término de un año; porque entonces el poseedor que lo ha interrumpido, adquiriría el derecho de posesión que el otro habría perdido.

Toda interrupción de una posesión no anual, hace perder el tiempo de la posesión anterior, que se considera como si no hubiera existido.

§ 699. — DE LA INTRODUCCIÓN DE LAS ACCIONES POSESORIAS

Las acciones posesorias tienen por objeto sólo la posesión, y son remedios rápidos que la ley concede para obtenerla nuevamente en caso de desposesión ó hacer cesar la turbación; por consiguiente, difieren fundamentalmente de las petitorias, que si bien tienen por objeto la posesión como una condición esencial de la propiedad, se dirigen principalmente á reclamar ésta.

Tienen, pues, estas acciones, objetos diversos que no pueden acumularse; de donde resulta que el que sólo tuviere el *derecho de*



posesión, podrá entablar la acción posesoria que le corresponda. Así es que no se puede juzgar de las acciones posesorias por razones tomadas del derecho de propiedad, porque se debe atender exclusivamente á los hechos de la posesión sobre su existencia ó no existencia, continuidad ó interrupción, si tiene ó no un año, ó sobre el tiempo de la posesión del perturbador.

Como el que reclama la propiedad de la cosa de que ha sido desposeído, pide con ella la posesión que va unida como un derecho primordial, de ahí es que se le considere que ha renunciado al juicio sumario, entrando á discutir el fondo del asunto, en juicio ordinario, porque sin duda ha reconocido en su adversario el derecho que da la posesión anual, ó porque él mismo no tenga una posesión anual para deducir la acción. Así, el juez, al entender en el asunto, no puede tratar del juicio posesorio que se ha renunciado, y debe admitirse el examen de los títulos sobre la propiedad.

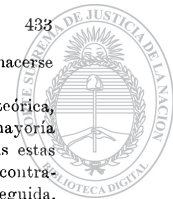
Cuando se ha deducido una acción posesoria, el juicio se limita á la investigación de los hechos que prueban la posesión, carácter y condiciones, teniendo presente que el desposeído ó perturbado sólo tiene obligación de probar su posesión para ser protegido, el usurpador ó perturbador es quien debe demostrar que la posesión no tiene las condiciones de la ley.

Si por el contrario, el usurpador ó perturbador demuestra que su posesión es anual, al que deduce la acción, corresponderá, probar que esa posesión no tiene las condiciones necesarias para adquirir el derecho de posesión y ser protegida.

En las acciones posesorias sólo es permitido ocurrir á los títulos, en los casos dudosos del art. 2471, ó cuando se tratase de la cuasi-posesión de una servidumbre discontinua, en que se necesitan títulos.

§ 700. — DE LAS ACCIONES POSESORIAS. — DESPOJO

Nuestro derecho ha colocado entre las acciones posesorias, la de despojo, que bien puede considerarse como extraña á las cuestiones de la posesión, porque no las examina, y tiene por objeto



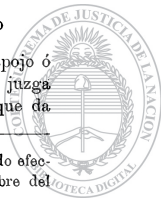
sólo restablecer el orden, prohibiendo que nadie pueda hacerse justicia por sí mismo.

La clasificación de esta acción no es una cuestión teórica, porque si no es una acción posesoria, como lo creo con la mayoría de los autores franceses y argentinos, quedarían expeditas estas acciones, una vez que se hubiera restituido la cosa; si, por el contrario, es una acción posesoria, no se puede deducir otra en seguida.

La acción de despojo por vías de hecho, ó por la violencia, que se llamaba *remedium spoli*, y *reintegrante* en derecho francés, se fundaba en la necesidad de conservar el orden público y de hacer reconocer la autoridad; no juzgaba de la posesión, sino del hecho material de la violencia, restituyendo las cosas al estado anterior, sin prejuzgar sobre las cuestiones que pudieran suscitarse; así es que el condenado á la restitución, podía aún recurrir al juicio posesorio, y después al petitorio.

Considerada la acción bajo este aspecto es extraña á la posesión, y por eso, *corresponde la acción de despojo á todo poseedor despojado y sus herederos, de la posesión de inmuebles, aunque su posesión sea viciosa, sin obligación de producir título alguno contra el despojante, sus herederos y cómplices, aunque sea el dueño del inmueble (art. 2490)*, porque tiende únicamente al restablecimiento de las cosas al estado anterior á la violencia.

(Art. 2490.) A pesar de lo expuesto en el texto, las teorías algo oscuras que se desprenden del Cód. Civil, y las más claras de las leyes de procedimientos de la Nación, de la Capital y de la Provincia de Buenos Aires, confunden la acción del despojo, que es de orden público, con la de recuperar la posesión perdida por medios que no son violentos. Hemos tratado de conciliar estas teorías con las verdaderas del derecho, enseñadas por todos los autores antiguos y modernos, tanto extranjeros como argentinos, y la jurisprudencia de la Suprema Corte, que distinguen el despojo de las acciones posesorias. La doctrina del Código es la siguiente: la acción de despojo se concede *á todo poseedor*, probando la posesión, el despojo y el tiempo en que fué despojado: no acuerda la acción al que perdiera la posesión por otros medios que no sean de despojo; se concede la de manutención al que es turbado en la posesión, y cuando la turbación consiste en obras nuevas ó destrucciones, se considera como despojo. La doctrina del Cód. de Procedimientos de la Nación, ley de 1863, que ha quedado derogada en parte, concede el interdicto de



Molitor distingue tres clases de acciones; 1º, la de despojo ó desposesión por medios violentos ó vías de hecho que no juzga sobre la posesión misma; 2º, la desposesión sin violencia que da

recobrar, probando la posesión ó *tenencia* de la cosa, y que ha sido efectivamente despojado, debiendo designar los hechos y el nombre del autor: el de *retener*, probando que se halla en actual posesión, y que se ha tratado de inquietarlo por actos que deberán expresarse; el de *obra nueva*, en que basta la denuncia para la suspensión, y el de obra vieja, como el interdicto de adquirir, que no se refieren á la protección de la posesión. Es de notar que la ley da el nombre general de interdicto á las acciones posesorias. Esta ley nacional ha quedado modificada para los tribunales federales por el Cód. Civil, que es posterior; pero el Cód. de Procedimientos de la Capital, arts. 564 al 585, que también es ley nacional y sólo rige en el territorio de la Capital, es posterior al Cód. Civil, y bajo el mismo nombre de *interdictos* comprende el de adquirir, retener, recobrar y para impedir una obra nueva. Concede el interdicto de *adquirir* á toda persona que presentare título suficiente para acreditar el dominio, siempre que nadie posea á título de dueño ó de usufructuario la cosa cuya posesión se pide; el de *retener*, al que se hallare en actual posesión y fuera inquietado por actos *materiales*; el de *recobrar*, cuando el que lo intenta ó su causante hayan estado en la posesión ó tenencia de la cosa y fuera despojado con violencia ó *clandestinamente*; el de obra nueva lo considera como el art. 2498 del Cód. Civil. Es de observar que esta ley ha tenido presente las disposiciones del Cód. Civil, y establecido el procedimiento de las acciones posesorias. Ambas leyes tienen de común en que consideran como interdictos á las acciones posesorias; que no hacen diferencias entre la acción de despojo, sea la posesión tomada por fuerza, ó violencia, ó sin ninguno de estos caracteres, y la última que considera como despojo á la posesión tomada clandestinamente. El despojo, que el Cód. Penal llama usurpación, es castigado por el art. 196 y considerado como delito contra la propiedad, el orden y tranquilidad pública; pero jamás se puede confundir con el acto de ocupar pacíficamente un terreno ó campo abandonado al parecer, desde que nadie lo posee materialmente. El Cód. Penal exige la *violencia* para que exista despojo, salvando al que ha tomado la cosa clandestinamente, y con mayor razón al que la tomó públicamente, porque la cosa no estaba ocupada.

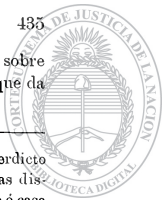
Del estudio de estas leyes resulta, que sólo se concede la acción posesoria de recobrar al que ha sido despojado, sin distinguir cuando se en-

lugar al interdicto de *recuperande possessionis*, fundada sobre la posesión anual; 3º, la de turbación y la de obra nueva, que da lugar al interdicto *uti possidetis*.

cuenta desposeído sin violencia, que es el verdadero caso del interdicto de recobrar en la teoría del derecho francés. ¿Cómo conciliar estas disposiciones? ¿Qué acción tiene aquel que se encuentra con su terreno ó casa ocupada por un tercero que los tomó sin violencia y públicamente? Ese es el defecto de haber dejado á las Provincias la facultad de dictar sus Códigos de Procedimientos que pueden alterar y alteran el Cód. Civil, cuando habría sido preferible una legislación uniforme, que sin tocar las soberanías locales, hubiera dado reglas generales de procedimiento, dejando que ellas establecieran sus leyes orgánicas sobre los tribunales. Por mi parte creo que ante la justicia nacional se debe seguir la doctrina de la Suprema Corte (Sér. 2, VI, págs. 279 y sig.), quien ha dicho: «la acción de despojo tiene por objeto restituir la posesión de bienes raíces, al que la ha perdido violentamente ó por vías de hecho, sin prejuzgar nada sobre las acciones posesorias que correspondan, las cuales podrán intentarse por una y otra parte, luego que se restablezcan las cosas en el estado en que antes se hallaban... que esta acción no es una acción posesoria propiamente dicha... sino una disposición de orden público, con objeto de prevenir la violencia y el atentado de hacerse justicia por sí mismo», distinguiéndose de la acción posesoria de recobrar la posesión perdida sin violencia, que sólo puede ejercerse en los términos del art. 2473. Si la acción de despojo no es una acción posesoria, quiere decir entonces que la posesoria de recobrar se extiende á la pérdida de la posesión sin violencia de que nos habla el art. 2492, y aunque no se pruebe el despojo, se podrá recobrar la posesión perdida demostrando que la posesión era anual y sin vicio, ó la posesión únicamente, si el perturbador no es poseedor anual, ni tiene derecho de posesión. Pero deberá atenderse á las leyes de procedimiento de cada provincia, respecto al alcance que cada una dé á la acción de despojo, así como á los demás recursos posesorios.

La acción de despojo siendo de orden público se da contra cualquier despojante y se concede al despojado, aunque sea simple tenedor, como dice la ley de procedimientos; por consiguiente, no hay que averiguar si la posesión es anual, si es precaria ó viciosa, de cualquier modo que posea debe ser protegido.

La acción de recobrar, por el contrario, en lo federal se debe conceder al que siendo poseedor anual y sin vicio ha sido despojado sin violencia, y en la capital al que fué desposeído clandestinamente; y la de





Nuestro Código ha seguido en parte esta doctrina, con la diferencia de haber comprendido en la acción de despojo, la de obra nueva, cuando habría sido mejor colocarla entre las de perturbación de la posesión, si la obra es en fundo del que la hace.

manutención, al que es turbado por actos materiales. Pero se debe advertir que las leyes de procedimientos citadas, no designan cuál es el que debe seguirse cuando la desposesión ocurre por actos que no sean violentos ni clandestinos; es decir, sin despojo, aunque el art. 2497, dice: cuando el acto de turbación tuviese el efecto de excluir al poseedor absolutamente de la posesión, la acción será juzgada de despojo, y este procedimiento debe aplicarse sólo en caso de violencia.

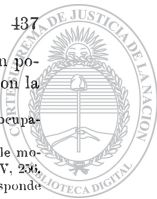
Y para concluir debemos decir: los interdictos en derecho romano, *inter duos edictum*, eran la ley especial de las partes, que el pretor daba en cada caso, y se empleaban para suplir la falta de leyes generales en primer lugar, en materias que están colocadas más especialmente bajo la autoridad pública, como las cosas de derecho divino ó religioso, la protección de los lugares sagrados, etc.; en segundo lugar, por los intereses privados en causas cuya naturaleza conduce á las partes á riñas y vías de hecho, y que llaman la intervención inmediata de la autoridad; tales son las cuestiones sobre la posesión y cuasi-posesión. — Comp. ORTOLAN, *Instituta*, n° 2289. AUBRY y RAU, § 189. MOLITOR, *Posesión*, n° 109. POTHIER, *Posesión*, n° 82. ZACHARIE, § 285. FREITAS, art. 4032. Dr. SEGOVIA, *Exposición y Crítica*, al art. 2492.—Véanse los arts. 1091, 1095, 2364, 2456, 2464, 2469, 2470, 2472, 2473, 2490, 2477 á 2479, 2487, 2492, 2494, 2497, 2498 y 3421.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2490.—LL. 1 y 2, Tit. 34, Lib. 11, Nov. Rec., y L. 10, Tit. 10, Part. 7ª.—Cód. de Chile, art. 925.—Cód. Romano, *ad leg. juliam de vi.*—Belime, *De la posesión*, nos 371 y sigs.—Pothier, *Posesión*, n° 114, y principalmente Zachariae, § 285, nota 5.—Troplong enseña que importa poco que el poseedor hubiese sido despojado violentamente, ó que un temor presente y real le hubiese forzado á abandonar la cosa. (Sobre el art. 2228, n° 267, la cuarta).

Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2490.—La acción de despojo sancionada por el art. 23, Título *De las acciones posesorias*, Cód. Civil, tiene por objeto restituir la posesión de bienes raíces perdida violentamente y por vías de hecho.—XV. 274.

La acción de despojo compete al poseedor despojado, aunque su posesión sea viciosa, sin obligación de producir título alguno contra el despojante y aunque éste sea el propietario del inmueble.—XXIII, 347.

Las vías de hecho contra el uso y goce de la cosa inmueble, dan lugar á



La acción de despojo así considerada, no sería una acción posesoria, por más que la ley de procedimientos la confunda con la

una acción sumaria, para que el tenedor de ella sea amparado en la ocupación y goce de la misma.—XXXI. 40.

El poseedor á título de dominio tiene derecho para impedir que se le moleste en su posesión, y para solicitar el desalojo del turbador.—XXXIV. 236.

El interdicto de despojo es una acción civil, cuyo conocimiento corresponde á la Suprema Corte originariamente, cuando se deduce por un extranjero contra una provincia.

En los casos de violencia y vías de hecho, la acción de despojo procede aun contra el propietario del inmueble.—XXXV. 284.

La acción de despojo regida por los arts. 2490 y sigs. del Cód. Civil, es de orden meramente policial, tendente á evitar las vías de hecho, y procede, siempre que resulte haberse aquellos llevado á cabo para excluir arbitrariamente al ocupante de la tenencia en que se hallaba.—XLI. 384.

La destrucción de un muro levantado por el demandante á los fondos de su edificio, ejecutada por orden y de propia autoridad del demandado, con intervalo de algunos meses después de construido, caracteriza suficientemente la acción de despojo regida por el art. 2490 del Cód. Civil.—XLII. 61.

Procede el interdicto de despojo contra el autor de los actos de turbación, aunque los haya ejecutado en nombre de otro.—XLV. 130.

El interdicto de recobrar la posesión sólo puede intentarse contra el autor del despojo.

No es permitido el uso privado de la fuerza para recuperar la posesión de que uno ha sido despojado clandestinamente.

En este caso, la autoridad ó corporación que lo impida, no se hace solidaria del despojo, sino que se opone al hecho prohibido por la ley.—IV. 372.

Hay derecho de retención y no de despojo, cuando el locator de una obra la retiene por una deuda del propietario proveniente del mismo contrato de obra.—XVI. 165.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2490.—El interdicto de retener es procedente, aun contra el auto judicial que ordena la posesión sin audiencia del poseedor.—Jur. Civ., VIII. 405, Sér. 1ª.

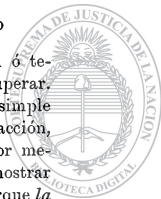
El interdicto es procedente, contra el auto judicial que ordena la posesión á favor de un tercero, sin la audiencia del poseedor que no ha sido parte en el juicio.—Jur. Civ., I. 314, Sér. 4ª.

El interdicto de retener la posesión es improcedente, si ella se pierde por resolución de los tribunales, aun cuando el accionante no haya sido parte en el juicio.—Jur. Civ., II. 120, Sér. 6ª.

Justificada la posesión, el interdicto de retener es procedente aun contra la resolución judicial dictada sin audiencia del poseedor.—Jur. Civ., III. 355, Sér. 2ª.

El interdicto de retener ó de despojo, es improcedente cuando el desposeído lo ha sido en virtud de una sentencia de desalojo, dictada en juicio en que ha sido parte.—Jur. Civ., II. 102, Sér. 4ª.

Nota.—De estas resoluciones contradictorias ¿Cuál es la verdadera? En mi opinión las dos primeras, porque respetan el principio constitucional de no ser juzgado sin audiencia previa. Una sentencia dictada contra una persona



de recobrar la posesión, al exigir la prueba de la posesión ó tenencia y la de despojo, para deducir el interdicto de recuperar.

La acción de despojo se da á todo poseedor y aun al simple tenedor. Las leyes de procedimientos se ocupan sólo de esta acción, confundiendo la con la de recuperar la posesión perdida por medios que no son violentos, y para ejercerla es necesario demostrar la posesión, el despojo y el tiempo en que se cometió, porque la

no ha sido oída, no puede serle obligatoria, y sería inconstitucional. Lo juzgado entre personas extrañas, no puede tener valor para el que no intervino. —(N. DEL A.)

La falta de comparecencia del demandante, al juicio verbal, hace procedente el rechazo del interdicto de retener.—Jur. Civ., V, 296, Sér. 4^a.

Justificada la posesión, el interdicto de retener es procedente aun contra cualquier de los copropietarios que pretenda derechos exclusivos sobre el inmueble.—Jur. Civ., II, 396, Sér. 2^a.

Procede el interdicto de recobrar, siempre que se justifique la posesión y el despojo violento.—Jur. Civ., VI, 423, Sér. 3^a.

Justificada ésta y su pérdida violenta ó clandestina, el interdicto de recobrar es procedente.—Jur. Civ., IV, 325, Sér. 2^a.

El comprador, aun cuando haya oblado el precio, no puede ser puesto en posesión de la finca, si ha observado los títulos, y puede retirar el depósito mientras se resuelven las observaciones.—Jur. Civ., VI, 485, Sér. 2^a.

Justificado el despojo violento, procede la reposición del desposeído.—Jur. Civ., IX, 175, Sér. 2^a.

Al demandado por despojo, que opone la excepción de prescripción anual, corresponde la prueba.—Jur. Civ., IX, 175, Sér. 2^a.

Para que el interdicto prospere, basta que se justifique la posesión; el derecho á poseer no puede ser juzgado en este juicio. — Jur. Civ., II, 76, Sér. 3^a.

El interdicto de despojo es procedente, siempre que el propietario pierde la posesión clandestinamente, aunque sin violencia.—Jur. Civ., IV, 535, Sér. 2^a.

El interdicto de despojo es procedente, contra las personas jurídicas que ejercen funciones administrativas, como la Municipalidad.—Jur. Civ., IX, 175, Sér. 2^a.

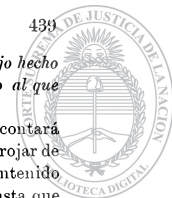
El interdicto no puede fundarse en un desalojo decretado en juicio, pues carece de los requisitos inherentes á esta acción, la clandestinidad ó la violencia.—Jur. Civ., VII, 357, Sér. 1^a.

El interdicto debe juzgarse especialmente sobre la posesión, la nulidad ó validez de los títulos, no puede ser materia de decisión.—Jur. Civ., VII, 357, Sér. 1^a.

La posesión dada judicialmente, basta para justificar que la cosa se tenía como propia, aun cuando no se haya protestado inmediatamente por el despojo.—Jur. Civ., II, 332, Sér. 2^a.

Justificada la tenencia de la cosa y su pérdida con violencia ó clandestinidad, la acción de despojo, es procedente.—Jur. Civ., VI, 570, Sér. 1^a.

No procede el interdicto de despojo, si la pérdida de la posesión fué á virtud de sentencia recaída en juicio de desalojo.—Jur. Civ., IX, 427, Sér. 6^a.



acción de despojo dura sólo un año desde el día del despojo hecho al poseedor, ó desde el día que pudo saber el despojo hecho al que poseía por él (art. 2493).

Cuando el mismo poseedor fué despojado, el tiempo se contará desde el día del despojo, si la violencia se ha limitado á arrojar de la cosa al poseedor; pero si por el contrario se le ha mantenido detenido en ella ó en otro lugar, no comenzará á correr hasta que la violencia no hubiere cesado por completo. Si el despojo se hizo en la persona del que poseía por otro, el tiempo comenzará á correr desde que pudo saber el despojado, atendiéndose á las circunstancias especiales de cada caso.

(**Art. 2493.**) No sólo se pierde el derecho de reclamar la posesión, sino el de los daños y perjuicios que se hubieren ocasionado por el despojo. El que realizó el despojo, sólo puede adquirir la cosa durante 30 años, sin perjuicio de crearse un nuevo título de adquisición. El tiempo para la prescripción de la acción de despojo, cuando se ha verificado en la persona del que poseía por el despojado, se debe contar atendiendo á las comunicaciones más ó menos fáciles, de manera que haya podido llegar á noticia de éste. En esta parte se separa nuestro Código de las leyes romanas que no permitían se perdiera este derecho por la negligencia del tenedor, y se lo conservaban al ausente hasta que se presentase, «porque la expiración del término acordado para recuperar la posesión no debe dañar á los ausentes», decía la l. 1, tit. 5, lib. 8, Código Romano; pero el artículo con razón lo hace comenzar desde que se pudo conocer el despojo, y por eso hace responsable á los meros tenedores por los perjuicios que les sobrevinieran por su silencio en los casos de los arts. 1530, 2464, 2880, 2893, porque es más justa esta acción contra el culpable de su silencio. Esta disposición no puede hacerse extensiva al caso de desposesión sin violencia, como se dijo en el art. 2456.—Comp. MOLITOR, n° 75. WOODON, n°s 89 y sig.—Véanse arts. 2455, 2456, 3984 y 4038.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2493.—Pasado más de un año de producido el hecho interruptivo de la posesión, no es admisible la acción posesoria de interdicto por obra nueva.—XLII, 844.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2493.—La acción para entablar el interdicto de despojo se prescribe por un año, contado desde la pacífica terminación de las obras.—Jur. Civ., VIII, 5, Sér. 1°.

Para que proceda el interdicto, es requisito indispensable justificar la posesión anterior.—Jur. Civ., VI, 103, Sér. 2°.



La acción de despojo tal como la trae el Código, que no resuelve las cuestiones sobre la posesión, puede deducirse por el despojado ó sus herederos, debiendo *el demandante probar su posesión, el despojo y el tiempo en que el demandado lo cometió* (art. 2494, 1ª parte).

Algunos códigos de procedimientos no han distinguido la acción de despojo (que no es posesoria desde que nada resuelve sobre la posesión) de la de recuperar, diciendo que ésta corresponde al que ha sido despojado con violencia ó *clandestinamente* (art. 581, Cód. Proc. de la Cap.), confundiendo este remedio que tiende á restablecer el orden alterado por la violencia, con la acción de recuperar.

Demostrados los extremos de la acción de despojo ó *juzgada la acción, el demandado debe ser condenado á restituir el inmueble con todos sus accesorios; con indemnización al poseedor de todas las pérdidas é intereses y de los gastos causados en el juicio, hasta la total ejecución de la sentencia* (art. 2494, 2ª parte).

(Art. 2494.) Como se trata del remedio de despojo, el despojado sólo tiene obligación de probar que estaba en posesión, tomándose esta palabra en su sentido más extenso, comprendiendo aún la simple tenencia. Estar en *posesión* para el despojo, es tener la cosa por cualquier título, sin que importe tenerla para sí ó para otro; por consiguiente, la prueba debe limitarse á la materialidad de la tenencia cuando fué despojado. Si fuera sucesor universal bastaría demostrar la posesión de su causante, no así si fuera singular, porque no habría adquirido la posesión por sólo el título. Debe probar el despojo ó las vías de hecho que lo han obligado á abandonar la cosa; sin embargo, por la ley de Procedimientos de la Capital bastará demostrar que la posesión fué tomada clandestinamente. Cuando la posesión se ha perdido por medios que no sean los violentos, no corresponde el despojo, sino la acción posesoria de recuperar, según los casos, por eso es una condición esencial demostrarlo; pero no lo es la de probar el tiempo en que el despojo se cometió, porque como se trata de un delito, el que alega la prescripción de la acción debe probarla.

Demostrado el despojo y ordenada la restitución de la cosa, debe hacerse con todos sus accesorios, entendiéndose por éstos, no sólo los que fueren del inmueble, sino todas las cosas que se encontraren en él, como se dijo en la nota 2488, siguiendo la doctrina de la l. 1, § 33, tit. 16,

Y por analogía con el art. 2486, se debe decir, que el despo-
jante no podrá deducir el juicio posesorio ó el petitorio, hasta que

lib. 4, Dig. Si las cosas no pudieran restituirse, debe ser condenado á
pagar el precio que tenían en el momento del despojo, con más la dife-
rencia del valor en el momento de la restitución.

La Suprema Corte ha decidido que la acción de despojo no se puede
deducir sino contra el despojante, en lo que estoy conforme, pero creo
que el tercer adquirente, que no sufre la acción de despojo, debe soportar
la acción posesoria de recobrar, como en derecho francés, según se dijo
en la nota 2487, mientras su posesión no sea anual, porque no es justo
que el despojado pierda el derecho de deducirla por el solo hecho de
que la cosa haya cambiado de poseedor. No obstan los términos del
art. 2491.

Los daños y perjuicios por la destrucción de la cosa, aun por caso
fortuito, son de cuenta del despojante, porque el autor de un delito no
es un deudor moroso, como se dijo en la nota 2436, y en todas las hipó-
tesis está obligado á restituir la cosa. Deberá además el despojante todos
los frutos que la cosa ha producido ó podido producir en poder del des-
pojado. Debe satisfacer todas las condenaciones para poder deducir las
acciones posesorias que le competen, según el art. 2486 y sig.—Comp.
POTHIER, *Possesión*, n° 127, y sig. MOLITOR, *Possesión*, n° 71. FREITAS,
arts. 4036, 4037, 4042 y 4043.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2494.—El autor de un despojo
está obligado á restituir la cosa despojada y pagar daños y perjuicios.—
XIII, 150.

Para interponer el interdicto de desalojo es necesario probar la anterior
posesión de la cosa.—XVI, 74.

La acción de despojo compete al poseedor despojado, aunque su posesión
sea viciosa, sin obligación de producir título alguno contra el despojante y
aunque éste sea el propietario del inmueble.—XXIII, 347.

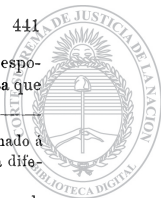
El despojado debe ser reintegrado en la posesión é indemnizado de los pe-
juicios en juicios separados, cuando no existen bases para hacerlo en el juicio
principal.—XXX, 205.

En las acciones posesorias es necesario tener la posesión material, y pro-
bar que se tenía en el momento del hecho que da lugar á la demanda.—
XXX, 452.

El poseedor á título de dominio tiene derecho para impedir que se le mo-
leste en su posesión, y para solicitar el desalojo del turbador.—XXXIV, 254.

En los casos de violencia y vías de hecho, la acción de despojo procede
aun contra el propietario del inmueble.—XXXV, 284.

Probada la posesión *animo domini*, y la ocupación de un terreno de parte





no haya satisfecho todas las condenaciones, limitando así su acción.

Lo que se ha dicho respecto del despojante, se aplicará igualmente al que ayudó á cometerlo, y *será considerado cómplice del despojante, quien sabiendo el despojo, obtuvo el inmueble usurpado; pero no el tercer poseedor del inmueble, que no lo hubo inmediata-*

de ella, procede el interdicto de despojo, y debe hacerse lugar á él, aunque el demandante lo haya calificado de interdicto de amparo.—XXXVI, 203.

Admitido el interdicto de despojo, la declaración de ser de cargo del demandado las costas del juicio, comprende las de 1ª y 2ª instancia.—XLIII, 313.

La toma de posesión de un terreno poseído por otro y resistida por éste, es un acto atentatorio que no puede ser justificado por órdenes de la autoridad administrativa, y da derecho al interdicto restitutorio, aunque el despojado no pruebe la posesión *animo domini*.—XLVI, 190.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2494.—Es impropcedente el interdicto de recobrar, cuando el demandante no justifica la posesión que tenía, el despojo y la época en que tuvo lugar. — Jur. Civ., II, 513, Sér. 1ª.

El dominio no basta para hacer procedente el interdicto de recobrar.—Jur. Civ., III, 387, Sér. 2ª.

Para que pueda prosperar el interdicto de recobrar, debe justificarse la posesión anterior del demandante y la fecha del despojo. — Jur. Civ., XIII, 176, Sér. 4ª.

El hecho de no estar incluido un bien en la hijuela del que produce la información, no forma prueba en contra de la posesión que pudo tener éste y su causante.—Jur. Civ., V, 135, Sér. 3ª.

La resolución que recaiga en el juicio sumario, es inapelable para el demandado.—Jur. Civ., III, 183, Sér. 1ª.

Justificado el embargo judicial del establecimiento comercial y su depósito, no procede el interdicto de despojo deducido por el ejecutado contra el ejecutante, tenedor por complacencia del depositario nombrado. — Jur. Civ., XV, 393, Sér. 4ª.

Para la deducción del interdicto de recobrar, basta su enunciación y la exposición de los hechos.—Jur. Civ., VI, 247, Sér. 5ª.

Sólo es procedente, cuando se justifica la violencia ó clandestinidad y el tiempo en que tuvo lugar el despojo.—Jur. Civ., V, 441, Sér. 1ª.

El interdicto de recobrar que se intente, sin justificar la posesión ó tenencia de la cosa demandada, es impropcedente.—Jur. Civ., III, 274, Sér. 1ª.

El interdicto de recobrar procede siempre que el poseedor pierda su posesión violenta ó clandestinamente.—Jur. Civ., V, 385, Sér. 2ª.

Para que el interdicto de recobrar ó el de retener puedan prosperar, debe justificarse la posesión civil de la cosa.—Jur. Civ., V, 43, Sér. 3ª.

Justificados la posesión y el despojo, el interdicto de obra nueva debe prosperar.—Jur. Civ., XIII, 67, Sér. 3ª.

La acción de despojo es procedente, justificada la posesión en que se encontraba el demandante.—Jur. Civ., VII, 173, Sér. 1ª.

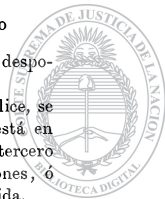


mente del despojante, aunque lo obtuviese de mala fe, sabiendo el despojo sufrido por el poseedor (art. 2491), impidiendo así que la acción de despojo se extinga por el hecho de pasar el inmueble á un tercero. Pero el tenedor que no obtuvo el inmueble inmediatamente del despojante, si no responde de la acción de despojo porque no es considerado como cómplice, sufre la posesoria de reco-

(Art. 2491.) Es cómplice el que recibe la cosa inmediatamente del despojante sabiendo el despojo, y por consiguiente, la ley da contra él la misma acción; pero al negarla contra el que la hubo del cómplice, conociendo el despojo sufrido, en los términos en que lo trae Freitas, art. 4034, n° 2, no importa privar al despojado de toda acción posesoria contra el adquirente de mala fe, desde que se encuentre dentro del año. La acción de recuperar se puede ejercitar á mi juicio contra el tercero, pues, como dice Molitor, n° 126, tiene contra el tercer poseedor la *complainte* (recuperar) tendente á hacerle restablecer en su posesión, y tiene la *réintégrande* (despojo) contra el autor del despojo y sus herederos que son responsables del hecho de su autor, mientras el tercero no está obligado sino á restituir la cosa. Ni sería posible sostener en buena doctrina, que por el hecho de haber pasado la cosa de manos del cómplice á las de un tercero, que conocía también el despojo, el despojado perdiera su acción posesoria contra el actual poseedor de mala fe. No creo, pues, como algunos, que el despojado sólo tenga la acción reivindicatoria, confesoria, ó negatoria, según los casos, por el contrario, opino que puede deducir la acción de recuperar la posesión. Y creo que el Código no ha interpretado la verdadera doctrina al salvar de la acción de despojo al tercer poseedor de mala fe, que está en la categoría del cómplice, porque conoce como éste el despojo; pero eso no importa privar al despojado de deducir la acción de recuperar. Cuando el cómplice transmite la cosa á sus herederos, como éstos representan á su causante, sufrirán la misma acción de despojo que habría éste soportado y en la misma extensión, aunque tratándose de las cosas muebles sólo responden por el precio cuando las enajenaron de buena fe, según se dijo en los arts. 2212 y 2272. — Comp. MOLITOR, l. c. WOODON, n° 148, y FREITAS, arts. 4033 y 4034. — Véanse arts. 2368 y 2490.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2491.—Véase el Cód. de Chile, art. 527.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2491.—Es impropio el interdicto de despojo, si el demandado no ha sido el autor, y si su intervención en el acto no puede calificarse de complicidad.—Jur. Civ., XI, 335, Sér. 4°.



brar, si está dentro del año, sin perjuicio de la acción del despojado contra el despojante, por los daños y perjuicios.

La acción posesoria contra el tercero que no es cómplice, se ejercitará si su posesión no fuera anual ó viciosa, porque está en las condiciones ordinarias de la acción de recuperar, y el tercero podrá rechazarla cuando no estuviere en esas condiciones, ó cuando su misma posesión tuviera un año para ser protegida.

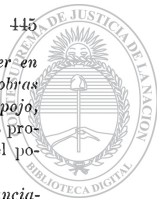
Las gravísimas dificultades que se tocan á consecuencia de las vacilaciones en las doctrinas enseñadas por el Código, se aumentan con la falta de armonía de sus disposiciones, y las leyes de procedimientos que rigen tanto en lo nacional como en lo provincial; no será, pues, posible, establecer una teoría general que sirva de base para la resolución de las dificultades que ocurran, porque las provincias tienen exclusiva facultad para dictar sus leyes de procedimientos, y pueden dejar sin eficacia las disposiciones del Código Civil, en lo que se refieren á este punto.

La doctrina que exponemos en el texto es la que nace del Código mismo, y en las notas correspondientes estudiamos con mayor extensión estas disposiciones.

Corresponde la acción de despojo, cuando de la turbación resultare que se ha privado al poseedor de la totalidad de la posesión, porque en realidad no hay turbación solamente, sino completa desposesión; sin que esto importe confundir la desposesión sin violencia con la que se hace por la fuerza y las vías de hecho; porque si bien el artículo no distingue, tampoco lo hace el art. 2492, con el que estaría en contradicción, si no lo consideráramos como que trata de la desposesión por la violencia.

Nuestro Código ha seguido la doctrina del derecho romano, que hace la diferencia de cuando la obra nueva se practica en terrenos ó inmuebles del poseedor, ó cuando lo fuera en terrenos ó cosas que no son de él, pero que menoscaban sus derechos; en el primer caso concede la acción de despojo, en el segundo la turbación de la posesión; por eso dice el **art. 2498**: *si la turbación en*

(**Art. 2498.**) La l. 5, § 10, tit. 1, lib. 39, Dig., dice: «en caso alguno quisiera construir sobre nuestro terreno... es más á propósito impedirlo ocurriendo á la autoridad del Pretor... que el hacerlo una intimación para que no continúe, porque la intimación dá la calidad de poseedor á aquel



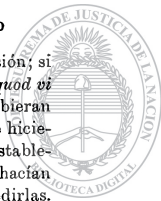
la posesión consistiese en obra nueva, que se comenzara á hacer en terrenos é inmuebles del poseedor, ó en destrucción de las obras existentes, la acción posesoria será juzgada como acción de despojo, confundiendo el *remedium spolii*, con las acciones posesorias propiamente dichas, mientras si fuera en terreno que no sea del poseedor, se concede la acción de turbación de la posesión.

En derecho romano se concedía la acción *operis novi nunciatio*, que era más expeditiva, cuando la obra se hacía en terreno

á quien se le hace; pero si se hace alguna obra sobre su propio fundo, que deba perjudicarnos, entonces la intimación de suspender es necesaria. Y si aquel que hace la obra sobre nuestro fundo, se obstina en continuarla, será muy justo intentar contra él el interdicto establecido contra la violencia ó la clandestinidad, *quod vi, aut clam*, ó el interdicto de *uti possidetis* para mantenerse en la posesión». Así es que la denuncia de obra nueva podía hacerse en derecho romano, sea que las construcciones se verificaran sobre nuestro propio terreno, ó en el ajeno, con la diferencia que, cuando se hacían sobre el nuestro, podíamos deducir el interdicto *quod vi, aut clam* ó el de *uti possidetis*, según los casos. He transcripto la ley, porque en ella se funda en parte la doctrina de este artículo y del siguiente. Por nuestro derecho, si se construye sobre nuestro propio terreno, corresponde la acción de despojo; sin embargo, que no se concibe tal acción, sino cuando se excluye al poseedor absolutamente de la posesión, art. 2497. El interdicto de *obra nueva* corresponde, según el Código, sólo cuando la obra se hace en terreno del poseedor, considerándose entonces como de despojo, si tiene el efecto de excluirlo, probando en ese caso los extremos del despojo; es decir, que ha estado en posesión del terreno y la existencia de la nueva obra; pero cuando ésta se hace en el propio terreno del que la construye, y perjudica nuestro derecho, entonces corresponderá la acción de turbación de la posesión concedido por el art. 2499.

La ley de Procedimientos de la Capital, art. 585, ordena que se proceda, en el caso de interdicto de obra nueva, de acuerdo con lo establecido para los interdictos de recuperar y de retener.

No es cierto, pues, como algunos creen, que las leyes romanas no acuerden el interdicto, cuando se trata de la edificación ó de obras sobre el terreno del poseedor, la ley citada lo concede expresamente; se ha confundido la *operis novi nunciatio* que comprende las obras hechas en terreno ajeno y que no podemos impedir las sino por esa acción, con las que se hacen en el nuestro, para las que se conceden el interdicto *quod*



ajeno, bastando la simple protesta para ordenar la suspensión; si se realizaban en nuestro terreno, se deducía el interdicto *quod vi aut clam*, dividiéndolo en esta forma: si las obras se hubieran hecho contra nuestra oposición, se daba el de *vi*; cuando se hicieran, ignorándolas, el de *clam*; ambos tenían por objeto el restablecimiento de las cosas al estado anterior. Cuando las obras se hacían en terreno ajeno la denuncia era el único remedio para impedir las.

vi, aut clam, según el caso; esta acción se diferencia de la de despojo, pues en éste, somos arrojados de la cosa privándonos de la totalidad de la posesión, mientras en aquél, lo somos sólo en parte por la edificación. Cuando alguno edificare sobre nuestro terreno, no se deducirá el interdicto de obra nueva, ni se pedirá la suspensión, como algunos aconsejan, se intentará la acción de despojo y el restablecimiento inmediato en la posesión, con los daños y perjuicios.

Se ha discutido viva-mente en derecho francés, sobre si la denuncia de obra nueva existía con los caracteres particulares que la distinguen, y aun si la acción á que da lugar puede ser intentada sólo cuando los trabajos están en ejecución. La primera hipótesis, no tiene razón de ser entre nosotros, pues expresamente se la ha determinado por nuestro derecho, y la segunda, queda decidida en favor de los que piensan que la acción dura mientras se hace la obra, pues el artículo habla de las obras que se *comenzaran á hacer*.—Comp. MOLITOR, *Poseción*, nos 116 y sigs.—TROPLONG, nos 317 á 323. ZACHARIE, § 285, texto y nota 6, de MASSÉ y VERGER. WOODON, n° 164.—Véanse arts. 1136, 2490, 2497 y 2499.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2498.—No puede admitirse la denuncia de obra nueva, no acreditándose por el denunciante el dominio ó la posesión actual del terreno en que se está edificando.—XIII, 332.

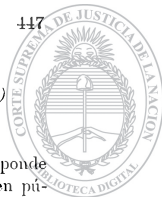
La mensura y amojonamiento de un terreno y la subsiguiente ocupación de la casa habitación existente en él, constituyen una posesión suficientemente autorizada y bastante para el ejercicio de acciones posesorias en juicio.—XXXV, 288.

El poseedor que prueba su posesión de más de un año, tiene derecho para entablar el interdicto de obra nueva, ser reintegrado en la libre posesión y hacer destruir la obra llevada á cabo en ella.—XXXVII, 180.

La obra nueva en posesión ajena, da lugar á la acción de despojo.—XLII, 18.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2498.—El interdicto deducido contra el mero ejecutor de órdenes, debe ser rechazado; la acción debe dirigirse contra el que ha ordenado la turbación.—Jur. Civ., II, 346, Sér. 2°.

Para que el interdicto de obra nueva ó despojo pueda prosperar, el despo-



§ 701. — DE LAS ACCIONES POSESORIAS. — (Continuación)
ACCIÓN DE RECUPERAR

Cuando la posesión se ha perdido por la violencia, corresponde el *remedium spolii*, considerado como un recurso de orden público, que no juzga sobre la posesión en sí, y la ley de procedimientos de la Capital lo concede aún en el caso de haber tomado

jado debe justificar que ha tenido la posesión por lo menos de un año antes de la obra. — Jur. Civ., III, 333, Sér. 4ª.

Justificada la posesión y el despojo violento, debe declararse procedente el interdicto de obra nueva. — Jur. Civ., VII, 423, Sér. 3ª.

Procede el interdicto de despojo y obra nueva, aun cuando sea consecuencia de una sentencia de desalojo, si el que acciona no ha sido parte en el juicio. — Jur. Civ., XI, 373, Sér. 6ª.

El interdicto es improcedente, mientras no se justifique haber sido turbado en la posesión. — Jur. Civ., III, 733, Sér. 1ª.

El interdicto es improcedente, mientras no se justifique la posesión del actor. — Jur. Civ., IX, 421, Sér. 2ª.

El interdicto es procedente, siempre que se justifique la posesión y aun cuando el que lo deduzca, no tenga título de propiedad. — Jur. Civ., VI, 81, Sér. 2ª.

Justificada la posesión y la turbación sufrida, el interdicto de obra nueva, es procedente. — Jur. Civ., VII, 191, Sér. 2ª.

Para que sea procedente el interdicto, no basta justificar la propiedad, es necesario que esté acompañada de la posesión. — Jur. Civ., VIII, 546, Sér. 2ª.

El interdicto es procedente siempre, contra el que intenta la obra, aunque alegue obedecer órdenes de un tercero. — Jur. Civ., II, 963, Sér. 3ª.

Justificada la posesión y su turbación por un tercero, debe prosperar el interdicto de obra nueva. — Jur. Civ., V, 212, Sér. 6ª.

Para que prospere el interdicto de obra nueva, basta probar la turbación de la posesión por aquella, aun cuando no ocurra violencia ni clandestinidad. — Jur. Civ., X, 181, Sér. 6ª.

Justificada la posesión y su pérdida clandestina, el interdicto de despojo es procedente. — Jur. Civ., IX, 370, Sér. 2ª.

Las modificaciones y transacciones que la Municipalidad lleve á cabo sobre una calle no reconocida oficialmente, no pueden fundar un interdicto de obra nueva contra el tercero contratante, mientras la edificación no afecte el cuerpo de la propiedad perjudicada por la desviación de la calle. — Jur. Civ., II, 385, Sér. 4ª.

Procede el interdicto de obra nueva, si el actor justifica la posesión y el hecho de haber sido turbado en ella por construcciones del demandado. — Jur. Civ., IX, 281, Sér. 3ª.

La posesión es improcedente cuando el demandado, alegando la prescripción, justifica que la obra en que se funda, tenía más de un año de construida cuando se dedujo el interdicto. — Jur. Civ., VI, 358, Sér. 2ª.



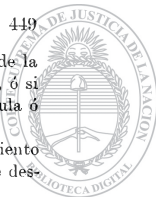
la posesión clandestinamente; principio que no regirá para los tribunales nacionales, mientras estas leyes no se uniformen; pero cuando la posesión se toma por abuso de confianza ó sin fuerza ni violencia, ó clandestinamente, se concede el interdicto de recuperar, si la posesión fuere anual y no tuviera vicio ni violencia.

Cuando A, ha entrado públicamente en la casa ó campo que he dejado, y cuya posesión me pertenece, no puedo deducir el interdicto de despojo, instituido con el solo objeto de que nadie se haga justicia por sí mismo, dirimiendo por la fuerza la controversia; pero tampoco debo perder la posesión y ser obligado á deducir la acción reivindicatoria. La ley ha creado para estos casos la acción de *recuperar*, que es la verdadera acción posesoria, porque juzga la clase y condiciones de la posesión, pues la de despojo nada averigua y sólo restablece las cosas al estado anterior.

No compete la acción de despojo al poseedor de inmuebles que perdiera la posesión de ellos, por otros medios que no sean (de) despojo (art. 2492, 1ª parte), pues es la de recuperar la que debe intentar, demostrando que su posesión es anual y que no tenía vicio, contra el poseedor que no sea anual ó vicioso; pero cuando los dos no tuvieran posesión anual debe ser protegido en la posesión el primero; porque ésta por sí misma es un derecho, según el Código, que la ley protege, cuando el perturbador ó usurpador no tiene sobre la cosa ningún derecho de posesión.

Para que tenga lugar el interdicto de recuperar la posesión, es necesario que haya desposesión sin violencia, pues no le concede *aunque la perdiere por violencia cometida en el contrato ó en la tradición (art. 2492, 2ª parte)*; porque la violencia del con-

Art. 2492. En derecho francés la *complainte* comprende el interdicto de recobrar y el de mantener en la posesión, que nuestro Código ha separado, á mi juicio, para aplicarlo á toda desposesión hecha sin violencia. El interdicto se puede rechazar por el demandado alegando, que la cosa no es susceptible de formar una acción posesoria, ó porque el demandante no tenga la calidad para intentarlo, ó se haya deducido fuera del año de la desposesión, ó en fin, porque la cuestión se encuentre ligada con el petitorio; pero no puede alegar que sólo ha usado de su derecho, pretendiendo demostrarlo. Cuando la violencia se ejerció en el contrato sin tocar la posesión, la acción que corresponde es la de nulidad; pero si la



trato nada tiene de común con la posesión; pero respecto de la tradición se refiere á los casos en que se hace por error, ó si fuera incapaz de consentimiento, ó si la tradición fuere nula ó anulable.

La acción posesoria de recuperar no tiene un procedimiento marcado por las leyes de proceso que sólo determinan la de des-

violencia se ejerciera en la tradición, daría lugar al interdicto de despojo, porque nadie tiene derecho á usar de la fuerza para imponer el cumplimiento del contrato, substituyéndose á la autoridad. El artículo se refiere, no á la violencia de la tradición, como se deduce del original de Freitas, art. 4034, n° 1, sino á los casos en que la tradición es nula ó anulable, y no podría ser de otro modo, porque se autorizaría la violencia fundada en el derecho, cuando se la ha rechazado en todos los casos; obligar por la fuerza á la entrega de la cosa, es despojar al tenedor de ella.—Comp. WOODOX, n°s 144, y sig. AUBRY y RAU, § 189.—Véanse arts. 2495 á 2499.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2492.—Véase Pothier, *De la posesión*, desde el n° 118.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2492.—El despojo hecho por un miembro de una corporación no la responsabiliza si procedió sin mandato.—IV, 372.

No habiendo violencia no hay despojo.—IX, 278.

Es despojo la posesión dada á consecuencia del interdicto de adquirir contra el que posee como dueño ó usufructuario.—XXII, 19.

No procede la acción de despojo cuando el que se dice despojante ha entrado en posesión del inmueble pacíficamente á título de compra pública y ha poseído por más de un año.—XXIV, 103.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2492.—Reconocido judicialmente por el demandado haber tomado clandestinamente la posesión, el que entabla el interdicto, no necesita probar que la tenía.—Jur. Civ., VIII, 301, Sér. 2°.

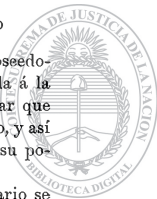
El interdicto es procedente, siempre que clandestinamente se pierde la posesión.—Jur. Civ., I, 52, Sér. 3°.

El interdicto es procedente, siempre que el poseedor actual reconoce la posesión anterior del demandante y que clandestinamente procedió á tomarla.—Jur. Civ., I, 58, Sér. 3°.

El interdicto es procedente, siempre que justificada la posesión y su pérdida clandestina, la del demandado no sea anual.—Jur. Civ., IX, 240, Sér. 2°.

Justificada la posesión y su pérdida clandestina, el interdicto de recobrar la posesión debe prosperar.—Jur. Civ., X, 217, Sér. 4°.

Justificada la posesión anterior al acto, procede el interdicto de despojo,



pojo; pero teniendo por objeto decidir cual de los poseedores ha adquirido el *derecho de posesión* que sólo se acuerda á la posesión anual, sin vicio alguno, el reclamante debe probar que se encuentra en las condiciones de la ley para ser protegido, y así deberá ser rechazado, si el actual poseedor demuestra que su posesión es anual y sin vicio.

El mismo procedimiento se observará cuando el locatario se negase á pagar los arriendos manifestando que posee para sí.

§ 702.—DE LAS ACCIONES POSESORIAS.—(Continuación) MANUTENCIÓN

Se entiende por turbación de la posesión en un sentido general y amplio, á todo hecho material ó acto jurídico que constituya de alguna manera una pretensión contraria á la posesión de otro; pero el art. 574, n° 2 de la ley de Proc. de la Cap. exige que sean actos materiales, conformándose con las teorías generales del derecho, que ven en toda acción posesoria sólo un hecho, que no puede ser modificado por palabras; así, las turbaciones de derecho resultantes de actos judiciales no pueden dar lugar á acciones posesorias de turbación. Las pretensiones que cualquiera se atribuyera á la posesión, sólo podrían dar lugar á acciones de daños y perjuicios, pero como no la turban, no habría acción posesoria.

Sólo habrá turbación en la posesión cuando contra la voluntad del poseedor del inmueble, alguien ejerciere con intención de poseer, actos de posesión de los que no resultase una exclusión abso-

aun cuando para su existencia no se haya hecho uso de la violencia; basta la clandestinidad.—Jur. Civ., III, 232, Sér. 5°.

NOTA.—Esta resolución está fundada en el Cód. de Proc.; pero me parece que se confunde el despojo que se hace mediante la violencia, con la usurpación que tiene lugar clandestinamente. La acción de despojo es de orden público; se da contra cualquiera, sin tener en cuenta la calidad del poseedor; la de recuperar, sólo cuando la posesión está rodeada de ciertos atributos: que no sea viciosa, que sea anual, ó que el usurpador no tenga una posesión anual.—(N. DEL A.)

No puede fundarse en un desalojo decretado en juicio, pues carece de los requisitos inherentes á esta acción, la clandestinidad ó la violencia.—Jur. Civ., VII, 357, Sér. 1°.



luta del poseedor (art. 2496) porque, si el acto de turbación no tuviese por objeto hacerse poseedor el que lo ejecuta, la acción del

(Art. 2496.) En derecho francés, la *complainte* comprende, no sólo la simple turbación de la posesión, sino también la desposesión completa por medios que no sean violentos, y no veo en realidad la ventaja que se obtenga con la división en dos acciones, pues, como dice Zachariæ, § 288: «poco importa que la turbación haya sido pública ó clandestina; que se haya cometido con ó sin violencia; que haya constituido una simple turbación ó una desposesión; que haya sido solamente comenzada ó concluída, basta en general para que la turbación autorice la acción posesoria, que el demandado haya tratado la cosa como suya por las vías de hecho». Por nuestro Código, la turbación se debe limitar á actos materiales, que tengan por objeto el impedir en parte el ejercicio de nuestro derecho, porque si lo excluyen por completo, quitándonos la posesión, viene la acción de recobrar, si los medios de desposesión no han sido violentos; y la de despojo, si lo fueren. Los actos posesorios están determinados en el art. 2384, y no se limitará á ello, pues comprenderán cualquier acto que turbe la posesión.

Nuestro Código no reconoce la turbación de derecho, que consiste en la reclamación de la posesión, ante la justicia. Los actos de turbación deben ser contra la voluntad del poseedor, y si este hubiese constituido un derecho, y se negase á dejarlo ejercer, se ocurrirá á la justicia, porque no se la puede hacer por sí mismo; así, por ejemplo, cuando he vendido un campo y me niego á entregarlo, sin permitir se ejecuten en él actos posesorios; pero si, por el contrario, he sido violentado en el contrato y dejo ejercitar actos posesorios, no podré deducir la acción posesoria, sino pedir la nulidad del contrato.

Para que haya lugar á la acción de turbación es necesario: 1º, que el turbador tenga la voluntad de tomar en parte la cosa para sí; 2º, que el poseedor tenga una voluntad contraria, es decir, que rechace el acto; 3º, que el acto importe un ataque directo ó indirecto á su derecho, aunque no haya causado ningún daño, como dicen Aubry y Rau, y aunque no sea de naturaleza que pueda causarlo; 4º, que no haya desposesión completa y el acto sea posesorio.—Comp. FREITAS, art. 4048. ZACHARIÆ, § 288, texto y notas 5 y 6. WOODON, nº 93. AUBRY y RAU, § 187, nº 3, texto y nota 22.—Véanse arts. 2384 y 2455.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2496.—El comprador de una finca puede deducir contra el que la ocupa como inquilino del antiguo propietario, el juicio de desahucio, mas no el interdicto de adquirir la posesión.—XXXI, 63.



poseedor será juzgada como indemnización de daños y no como acción posesoria (art. 2497, 1ª parte).

(Art. 2497.) Esta es una consecuencia de los principios del artículo anterior, desde que no hay intención de tomar la posesión, aunque exis-

Los poseedores del derecho de pastar en un campo cumunal, pueden deducir la acción posesoria de despojo, contra el que los turbe ó despoje en el ejercicio de su derecho.—XXXII, 256.

La sola orden de desalojo expedida por la Municipalidad, no importa la perturbación real y efectiva que la ley requiere para que proceda el interdicto de retener.—XLII, 265.

La operación de mensura mandada hacer por un Gobierno de Provincia con el objeto de averiguar la existencia de sobrantes fiscales, y no para atribuirse derechos posesorios, no autoriza la acción posesoria de retener deducida por el dueño del campo mensurado.—XLIX, 405.

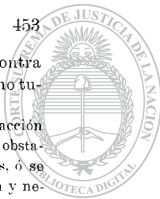
La venta y orden de entrega de un inmueble hipotecado, que el Banco Hipotecario de la Provincia de Buenos Aires verifique en virtud de contrato que le confiere facultad para ello, de acuerdo con su carta orgánica, no autoriza al deudor hipotecario para deducir la acción posesoria por turbación en la posesión.—XLIX, 433.

NOTA.—Esta es una de las resoluciones en que la Suprema Corte ha procedido desconociendo sus propias resoluciones y los principios de la justicia procesal. El Banco Hipotecario vendió un inmueble hipotecado, faltando á las formas determinadas en su ley orgánica. El interesado reclamó, y no obstante se mantuvo la enajenación, dando orden directa al Juez de Paz del distrito para que desalojara al dueño y pusiera en posesión al comprador. El propietario pidió amparo al Juez Federal, quien ordenó se suspendiera el despojo; pero en seguida levantó la prohibición, y el propietario fué desalojado, y la Corte que había decidido en el tomo 43 pág. 190, que «la toma de posesión de un terreno resistida, era un acto atentatorio que no podía ser justificado por órdenes de la autoridad administrativa», decidió que el Banco podía hacerlo, tomando la posesión por propia autoridad. ¿Para qué están entonces los tribunales? Cuando el que se dice dueño ó apoderado del dueño, por contrato, como es el Banco, quiere tomar la cosa hipotecada y es resistida por el poseedor, sólo la autoridad judicial debe decidir la controversia. El principio universal de que nadie puede hacerse justicia por sí mismo se encuentra violado en esta resolución. La ley no puede constituir en juez á un establecimiento; cuando sus derechos son desconocidos, están los tribunales para hacerse los reconocer.—(N. DEL A.)

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2496.—Debe tenerse como turbación la resolución que ordena la posesión en vista de los títulos sin oír al poseedor.—Jur. Civ., VIII, 405, Sér. 1ª.

Los avisos ó anuncios fijados ó pintados en las paredes de un edificio, no tienen el carácter de inmuebles por accesión, y en consecuencia, su conservación no puede formar un interdicto de retener.—Jur. Civ., XII, 87, Sér. 5ª.

No procede el interdicto de turbación cuando se trata de una servidumbre aparente de luz, si el propietario lindero se limita á edificar su propiedad.—Jur. Civ., I, 51, Sér. 6ª.



Es necesario, pues, que los actos posesorios se ejerzan contra la voluntad del poseedor, porque si él los ha permitido ó si no tu-

tiere verdadera turbación en el hecho, no puede dar lugar á una acción posesoria, pues nadie la pretende; lo mismo sucedería cuando se obstaculizara el ejercicio de derechos reales ó de servidumbres activas, ó se impidiera la libertad de los derechos reales (acción confesoria y negatoria), desde que el acto ejecutado no tuviera por objeto directo la apropiación de esos derechos. Cuando la exclusión de la posesión fuera absoluta, la acción será juzgada como de despojo, si es obtenida por la violencia ó clandestinamente, como dice la Ley de Procedimientos de la Capital, y desaparecerá según esa ley la acción posesoria de recobrar la posesión, quedando sólo la de despojo. Freitas, en el art. 3718, no contradice mi opinión, porque sólo se refiere á la posesión viciosa, y lo es cuando se toma por violencia, clandestinamente ó por abuso de confianza, disposición reproducida por nuestro art. 2364. Habría una injusticia manifiesta en considerar como despojante al que entra públicamente en posesión de un terreno ó campo valdío, y el art. 2492, nos da á entender que la posesión se puede perder sin violencia, negando en ese caso la acción de despojo. ¿Quedaría entonces sin acción posesoria? No; tendría la de recuperar la posesión. ¿Qué aplicación tendría el art. 2473, fuera del caso de turbación? Ninguna! Por eso creo que, con excepción de la desposesión por despojo, ó de la obra nueva en el inmueble del poseedor, ó de la destrucción de las obras existentes, cualquiera que sea la clase de posesión, se debe reintegrar; fuera de esos casos, corresponde la acción posesoria de recuperar, cuando la desposesión ha sido sin violencia, y la de turbación, cuando por actos materiales se hubiera manifestado una pretensión contraria á la posesión del otro.—Comp. ACRY y RAU, § 187, texto á la nota 25. WOODON, n° 93. DALLOZ (Abril, 16 de 1833, t. 214).—Véanse arts. 1136, 2455, 2482, 2490, 2498 y 2806.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2497.—El comprador de una finca puede deducir contra el que la ocupa como inquilino del antiguo propietario, el juicio de desahucio, mas no el interdicto de adquirir la posesión.—XXXII, 63.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2497.—El interdicto procede, si el actor justifica la posesión y el hecho de haber sido turbado en ella, por construcciones del demandado.—Jur. Civ., IX, 281, Sér. 3ª.

La turbación en el uso y goce de la cosa, hace procedente el interdicto de despojo, aun cuando el acto no haya tenido por objeto adquirir la propiedad.—Jur. Civ., VI, 114, Sér. 5ª.

Justificada la posesión del demandante, anterior á la obra nueva, procede el interdicto de recobrar.—Jur. Civ., IX, 242, Sér. 6ª.



vieren por mira la posesión misma, no darían lugar á la acción de turbación.

Cuando por palabras ú otros actos que no importen una alteración en la posesión, se causaren perjuicios al poseedor, no habrá lugar á acción posesoria, y corresponderá la de daños y perjuicios.

Para decidir si los hechos de turbación constituyen una verdadera agresión contra la posesión, es necesario, pues, estudiar el carácter particular de cada uno de ellos, y relacionarlos con los resultados que hubieren producido, sin tener en cuenta si se han realizado por la violencia, pública ó clandestinamente.

Las reparaciones y aun las reconstrucciones que se hicieren en el mismo lugar y bajo las mismas dimensiones en una obra comenzada hace un año, no darán lugar á la acción de turbación, pues la ley habla de las obras á hacer y no de las existentes que se continuaran, porque la acción posesoria de manutención no dura sino un año, como la de despojo ó desposesión sin violencia.

Las demandas judiciales sobre la posesión no constituyen una turbación. El demandado por la turbación de la posesión puede oponer la excepción de que ha sido cometida en ejecución de una disposición administrativa.

Cuando la turbación proviniese de una obra nueva, se debe hacer esta distinción: si la obra se practica en terrenos ó inmuebles del poseedor, la acción se juzgará de despojo; pero, *habrá turbación de la posesión, cuando por una obra nueva que se comenzara á hacer en inmuebles que no fuesen del poseedor, sean de la clase que fueren, la posesión de éste sufre un menoscabo que cediese en beneficio del que ejecuta la obra nueva (art. 2499)*, y podrá

(**Art. 2499.**) El artículo tiene su fundamento en la legislación romana, que autorizaba este interdicto sólo en los casos de obra nueva hecha en el inmueble del vecino, porque cuando se hacía en el del poseedor podía deducirse el interdicto *quod vi, aut clam*, según los casos; el de *vi*, cuando había fuerza y se hacía contra la voluntad del poseedor, el de *clam*, cuando se había hecho clandestinamente, y no se diferenciaba del de despojo (*vi ó unde vi*) sino que el uno se aplicaba á los actos de edificación ó de destrucción, que privan de una parte de la posesión, y el otro á todos los casos de desposesión por la fuerza ó clandestinamente.



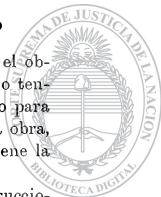
demandar la suspensión, si la obra no se hubiere concluido, ó si no importase la continuación de una empezada hace un año, y cuya construcción ó comienzo no se hubiera reclamado.

El interdicto *operis noli nunciatio* ha sido creado expresamente para los casos en que el vecino hiciera alguna obra en su propio fundo que nos perjudicare: *aut si in suo quid faciat, quod nobis noceat: tunc operis noli denuntiatio erit necessaria*, l. 1, § 10, tit. 1, lib. 39, Dig. Algunos han considerado este interdicto como una violación de la propiedad ajena, porque la edificación es un acto posesorio necesario para mantener la plenitud de la posesión; pero se debe tener en cuenta que el derecho está limitado por el perjuicio que puede causar á su vecino. Es una restricción del dominio. La propiedad, como todos los demás derechos sufre estas limitaciones, sin que puedan considerarse como violaciones.

La obra debe ser nueva ó de ensanches, porque si sólo se refaccionara la existente no habría lugar á la acción posesoria; debe hacerse la reclamación dentro del año, pues toda acción posesoria dura solamente ese tiempo; debe comenzarse ó estar en obra, porque si se hubiera concluido no habría acción posesoria; debe perjudicar al reclamante, porque sin perjuicio no hay acción; finalmente, debe aplicarse á los casos de destrucción que perjudiquen al vecino; l. 20, tit. 1, lib. 39, Dig.—Comp. MOLITOR, nos 115 á 118. TROPLONG, al art. 2228, nos 317 á 323. ZACHARIE, § 285, texto y nota 6. MERLIN, 1º, *Deneg. de obra nueva*, *Cuestiones*.—Véanse arts. 1136, 2498, 2579 y 2580.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2499.—Ha existido una cuestión muy controvertida sobre la similitud entre la denuncia de obra nueva y las otras acciones posesorias. «Nosotros creemos, dice Zacharie, que si ella recibe una denominación particular, no difiere en nada de las otras acciones posesorias, y puede ser subordinada á condiciones que no resultan de la naturaleza de las cosas.» (§ 285, nota 6).—Tropiong entró de lleno en la cuestión, en el comentario al art. 2228, desde el nº 317, y al fin en el nº 332 se pone, como él dice, en un justo medio, enseñando que la denuncia de obra nueva puede ser una acción petitoria ó una acción posesoria. Sin embargo, reconoce que en el Derecho Romano la denuncia de una obra nueva era un interdicto, es decir, una acción posesoria (L. 20, Dig. *De operis nolis nunt*), que ni en el Código Civil de Francia ni en el de Procedimientos se han ocupado de la denuncia de obra nueva; que ese silencio en la legislación demuestra que esa acción es exclusivamente posesoria. La opinión de Zacharie es sostenida por Merlin. *Qq. verb. Denoet.*—Favar, *Rep. verb. Comptainte.*—Belime, *De la posesión*, nos 361 y siguiente.—De Hautefeuille, tomo 4, páginas 35 y siguientes números y tomos de la *Revista de Legislación* de Porlix.

Fallos de la S. C. N.—*Aplicación del art. 2499.*—En el interdicto de obra nueva, el demandado que resulta haber invadido la posesión ajena debe ser



En los casos en que la obra se hubiera concluído, como el objeto de la acción posesoria es suspender las comenzadas, no tendría lugar, sería necesario entrar de lleno en el petitorio para demostrar la falta de derecho y el perjuicio recibido por la obra, y hacerla destruir; contra la opinión de Molitor, que sostiene la acción de turbación aun después de concluída la obra.

Cuando se trata de esta clase de turbaciones, por construcciones en inmuebles que no son del poseedor, el turbado no puede alegar sino la propia posesión del inmueble perjudicado con las construcciones, y en ese caso su posesión debe tener los caracteres de anual y no ser precaria ni viciosa.

La acción posesoria en tal caso (cuando es obra nueva) tiene el objeto de que la obra se suspenda durante el juicio, y que á su terminación se mande deshacer lo hecho (art. 2500), á costa del ven-

(**Art. 2500.**) El interdicto compete contra el autor de los trabajos, así como contra el poseedor actual, haya ó no hecho las construcciones, y aun por las hechas contra su voluntad. Tiene por objeto restablecer las cosas en el estado anterior á la nueva obra, ó de la destrucción, pagando los daños y perjuicios causados volviéndolas al estado anterior, á su condenado á la demolición y á la indemnización de las costas, pérdidas é intereses. causados por su culpa. — XXXI, 235.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. - Aplicación del art. 2499. — La falta de pago de la medianería, no puede fundar un interdicto de obra nueva. — Jur. Civ., VIII, 183, Sér. 6ª.

Las modificaciones que el sublocatario haga en el predio arrendado, no pueden fundar un interdicto de obra nueva. — Jur. Civ., X, 13, Sér. 6ª.

Procede, si se justifica la posesión y su turbación por el demandado. — Jur. Civ., II, 136, Sér. 6ª.

La propiedad de la medianería de la pared, no importa modificar las servidumbres que con anterioridad existieron sobre el predio adquirente, y en consecuencia, no basta para rechazar el interdicto de obra nueva fundado en la existencia de una servidumbre de luz. — Jur. Civ., II, 413, Sér. 6ª.

El interdicto de obra nueva es procedente, aun cuando el demandado tenga el dominio perfecto sobre el predio en que va á hacer la construcción, si existe un derecho de servidumbre de paso que pueda ser afectado por la obra. — Jur. Civ., XI, 3ª8, Sér. 4ª.

El interdicto de obra nueva es improcedente, mientras no se justifique la posesión del actor. — Jur. Civ., IX, 421, Sér. 2ª.

Véase fallo al art. 2498. — Jur. Civ., II, 385, Sér. 4ª.

Véase fallo al art. 2495. — Jur. Civ., IX, 281, Sér. 3ª.

Véase fallo al art. 2494. — Jur. Civ., XIII, 67, Sér. 3ª.



cido quien deberá los daños y perjuicios que hubiere causado. El vencido en este caso no podrá entrar en el petitorio, sin haber satisfecho todas las condenaciones del posesorio.

El Cód. Civil no hace sino conferir el derecho, y se llama en este sentido ley de fondo, porque su misión es declararlo, dejando á la ley de proceso la manera de ponerlo en movimiento, y darle vida cuando es desconocido ó atacado. La acción que nace del derecho declarado y creado para su defensa no puede obrar sino con arreglo á la ley de proceso, y por esa razón habría sido de desear una uniformidad entre ambas legislaciones, pues, la ley adjetiva puede inutilizar en parte la substantiva, creando dificultades para su defensa.

La Constitución nacional ha dejado á cada uno de los Estados de la Federación Argentina la facultad de dictar sus leyes de procedimientos; el Cód. Civil no puede estatuir en esta parte, por eso declara: que *las acciones posesorias serán juzgadas sumariamente y en la forma que prescriban las leyes de los procedimientos judiciales* (**art. 2501**), indicando solamente que el juicio debe

costa, si fuera deducida la acción contra el que las realizó, pero no cuando lo fuera contra el poseedor, sin cuyo permiso se hicieron, ó contra su voluntad, en cuyo caso deberá demolerse á costa del demandante. La suspensión debe ordenarse inmediatamente de la denuncia, y si la obra se ha concluido, sólo podrá deducir la petitoria.—Véanse arts. 1136 y 2494.

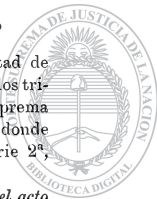
(**Art. 2501.**) La forma sumaria es la única esencial. El Cód. Civil no puede legislar sobre el procedimiento, y cualquier disposición que contenga, sólo será válida, como ley nacional, en la Capital y los territorios nacionales. La ley Nacional de Procedimientos de 1863, queda reformada en la parte que sea contraria á las disposiciones del Código Civil, y el tít. 3, de dicha ley sobre interdicto de obra vieja, no queda

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2500.—Sobre denuncia de obra nueva. LL. 1 y siguientes, Tít. 32, Part. 3ª.

Fallos de la S. C. N.—*Aplicación del art. 2500.*—No es lícito á un lindero usar del derecho de cargar la pared común, sino á condición de dejar expedito el que también corresponda al otro lindero.

La suspensión de la obra, impidiendo el uso de este derecho, hace responsable á quien la pidió de los daños y perjuicios, y de las costas.—IV, 486.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—*Aplicación del art. 2500.*—Véase fallo al art. 2438. — Jur. Civ., IV, 307, Sér. 3ª.



ser sumario y dejando á cada uno de los Estados la facultad de determinarlo, de modo que, cuando los asuntos fallados en los tribunales provinciales llegaren á conocimiento de la Suprema Corte, ésta debe conocer y aplicar las leyes de la provincia donde se radicó el juicio, como lo ha hecho en la causa de la Serie 2^a, tomo 11, pág. 198.

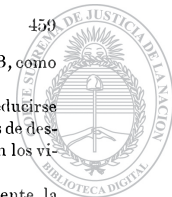
En la turbación que consiste en hechos materiales, *si el acto turbiere el efecto de excluir absolutamente al poseedor de la posesión, la acción será juzgada como despojo* (art. 2497, 2^a parte), si se ha obtenido por medios de fuerza ó de violencia, pues si la posesión se pierde por otros medios, corresponde la acción posesoria de recuperar, destinada á juzgar sobre la posesión misma. Si consideramos que toda turbación que dé por resultado la desposesión del inmueble, debe ser juzgada de una manera absoluta como de despojo, no habría acción posesoria de recuperar, dando este resultado: que no quedaría más acción posesoria que la de turbación de la posesión, que desaparecería en realidad con sólo abandonar la cosa á la menor turbación y deducir la acción de despojo, que

suprimido. Los extremos que deben probarse en la acción de despojo, están determinados en el art. 2494, pero se observará que ese artículo puede ser alterado por la legislación de cada provincia, desde que se refiere al procedimiento; lo que la ley de fondo puede declarar es que concede la acción en tales ó cuales casos, dejando á la de proceso el determinar cómo deben demostrarse esos extremos. Los interdictos no son verdaderos juicios, son procedimientos rápidos que se acuerdan á los interesados para reponer las cosas al estado anterior que ha sido cambiado.

(Art. 2497.) (Véase pág. 452.)

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2501.— Los interdictos del Derecho Romano fueron transformados en acciones, y estas acciones se juzgaban sumariamente como negocios urgentes. Instituta, proemio y § último, *De interdict.*—L. 4, Cód. *De interdict.*—Lo mismo por la legislación de España para el juicio de despojo. L. 18, Tít. 10, Part. 7^a, y LL. 5 y 6, Tít. 34, Lib. 11, Nov. Rec. Para la denuncia de obra nueva, las leyes citadas en el artículo anterior.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2501.—Es impropiciente la deducción de acciones posesorias en juicio ordinario; sólo los interdictos responden á ese objeto. — Jur. Civ., IX, 348, Sér. 3^a.



no juzga sobre la posesión, quedando inútil así el art. 2473, como quedaría sin sentido el art. 2492.

La acción posesoria de recobrar, existe y puede deducirse siempre que la posesión se pierde por otros medios que los de despojo, y entonces se ejerce por el que es poseedor anual, sin los vicios de precario, de violencia ó de clandestinidad.

No se debe confundir el despojo, que lleva necesariamente la violencia ó la intimidación, y que la ley castiga porque altera el orden público y subvierte los principios de justicia, con aquellos actos pacíficos y públicos, en que abusando de la confianza depositada se atribuyen la posesión de la cosa, ó la toman por creerla abandonada; es entonces que la autoridad debe investigar la calidad de la posesión del reclamante para protegerlo.

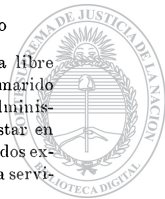
§ 703. — DE LOS QUE PUEDEN EJERCITAR LAS ACCIONES POSESORIAS Y CONTRA QUIÉNES

Cuando hablamos de acciones posesorias, nos referimos á la de *recuperar*, de *mantener*, y á la de *obra nueva*, porque la de despojo comprendida entre ellas, no lo es en realidad, aunque el Código la considere como tal.

Para ejercer las acciones posesorias es necesario tener la posesión; es decir, la aprehensión de la cosa con ánimo de poseerla, no basta la simple tenencia como en el despojo; además la cosa debe ser inmueble, porque no se conceden acciones posesorias sobre los muebles.

Todo el que posee *ánimo dominio*, por sí ó por otro, un inmueble corporal, teniendo un derecho de uso, goce ó servidumbre, puede deducir la acción posesoria. Lo mismo puede hacerlo el que tenga una posesión anual sin vicio alguno.

Como la acción posesoria tiene por objeto defender y proteger el derecho que da la posesión considerada en sí misma, ó como un derecho inherente á la propiedad, resulta que podrán deducirla aun los que no pueden disponer de ella. Así, el mandatario general que sólo puede administrar, podría deducir acciones posesorias para conservar la posesión de las cosas cuya administración se le ha confiado; el tutor y curador por las de



sus pupilos ó curados; el menor emancipado (que tiene la libre administración de sus bienes) con autorización judicial; el marido respecto de los bienes de la mujer, aun de aquellos cuya administración se hubiera ésta reservado (porque la facultad de estar en juicio sólo corresponde al marido, salvo los casos exceptuados expresamente); el usuario, usufructuario, y el que tenga una servidumbre en el inmueble, y sea privado ó turbado en su uso.

Como la acción posesoria no nace sólo de la propiedad, aunque sea una consecuencia de ésta, es claro por demás que si pueden deducirla los que tienen una fracción del derecho de propiedad, con mayor razón podrá hacerlo el propietario, y si la cosa fuere de varios, *el co-propietario del inmueble puede ejercer las acciones posesorias sin necesidad del concurso de los otros co-propietarios, y aun puede ejercerla contra cualquiera de estos últimos, que turbándolo en el goce común, manifiestan pretensiones á un derecho exclusivo sobre el inmueble (art. 2489)*, porque en la propiedad in-

Art. 2489.) El co-propietario pro-individuo de un inmueble no ejerce dominio sobre el todo, y por consiguiente no puede deducir acciones posesorias como si fuera único dueño, sólo defiende la parte ideal que le corresponde y su objeto es hacerse reconocer como condómino; por esa razón lo juzgado en su contra no perjudicará el derecho de los demás que no han intervenido en el juicio, quienes podrán reclamar á su vez. Si el co-propietario que tenía la posesión del inmueble común fuera despojado, los demás no podrán deducir la acción de despojo que es personal á éste ó sus herederos, lo mismo sucede cuando el poseedor es despojado en la persona de su representante; pero podrán deducir la acción de recobrar la posesión en la parte que les corresponde, probando que su posesión es anual, pública, continua y sin vicio alguno. Cuando uno de los condóminos ejerciera actos exclusivos, privando á los otros de la posesión, se puede deducir en su contra la acción posesoria de turbación ó la de recobrar, según que sea excluido de la totalidad de sus derechos ó privado de alguno de ellos; pero no le corresponderá la acción de despojo, porque no ha existido violencia.—Comp. AUBRY y RAU, § 187, texto á la nota 2.— Véanse arts. 2469, 2482, 2676, 2677, 2679, 3416, 3421 y 3450.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2489.—Aubry y Rau, § 187.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2489.—Procede el interdicto de recobrar, si justificada la propiedad el ocupante desconoce el de-



divisa cada uno posee una parte ideal, que si bien no se puede determinar, eso no implica que deje de tener su parte material.

Una de las condiciones esenciales para ser protegido por la ley, es que el poseedor tenga una posesión anual, continua y no interrumpida, sin los vicios de ser precaria, violenta ó clandestina, porque sólo á esa condición es que adquiere el derecho de amparo; pero si aquél contra quien se deduce no tiene una posesión anual, y sin vicio, debe ser protegido el turbado ó desposeído, aunque su posesión no sea anual.

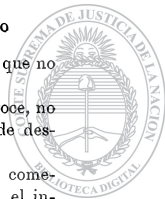
Los vicios de la posesión son relativos á la persona que la reclama, porque en nada le aprovecha los que puedan alegar los terceros, desde que para él no sea viciosa. Así, el vicio de la violencia cometido contra un tercero, no podría ser alegado por el reclamante que no la ha sufrido; lo mismo sucedería respecto á la clandestinidad; por consiguiente, *la acción de manutención en la posesión, compete al poseedor de un inmueble turbado en la posesión, con tal que ésta no sea viciosa respecto del demandado (art. 2495)*; porque si éste pudiera alegar la violencia sería dese-

(Art. 2495.) La acción de turbación, no sólo se da cuando el poseedor es inquietado en su propia cosa, sino también en los casos de restricción en sus derechos de posesión, por cualquier acto que los perjudique, como en el caso del art. 2499. No creo como algunos que sea la única acción posesoria, porque si bien la de obra nueva hecha en inmuebles del poseedor, se juzga como despojo, y como turbación cuando es hecha en los que no fueren del poseedor, siempre que le perjudicasen, también lo es que se da la acción de recobrar, cuando la posesión se ha perdido sin violencia. El vicio de la posesión es relativo á la persona del demandado, cuando el reclamante tuviere la posesión por abuso de confianza, por un título precario, ó por la violencia ó clandestinamente, y sería desechada la demanda, si aquél pudiera demostrar que la posesión del demandante tiene á su respecto cualquiera de esos vicios. La turbación debe consistir en he-

recho del propietario, aun cuando reconozca su posesión como inquilino.—Jur. Civ., I, 328, Sér. 5ª.

En fracciones de un mismo origen, adquiridas en igual fecha, da derecho al primer poseedor á ocupar la extensión exacta de su título, con perjuicio de los demás compradores, si no hubiesen entablado la acción que corresponde.—Jur. Civ., I, 257, Sér. 1ª.

No basta para justificar el despojo, la presencia ni aun el consentimiento tácito de un condómino.—Jur. Civ., I, 283, Sér. 2ª.



chada su acción, con excepción del remedio de despojo, en que no se tiene en cuenta las condiciones de la posesión.

Las personas que sólo tienen un derecho *personal* de goce, no pueden deducir acciones posesorias, con excepción de la de despojo, que compete al simple tenedor.

La acción posesoria se da contra toda persona que ha cometido una turbación, y por consiguiente se la daría contra el inquilino que negando su calidad de tal, pretendiera poseer la cosa

chos materiales, porque las simples palabras no son bastantes para alterarla. La turbación es todo hecho que se ejecuta en la cosa que otro posee privándole de algún derecho; así, los actos de labranza de un campo; la percepción de los frutos pendientes; el corte de árboles de un monte; el cubrir una zanja ó el abrirla, son actos de turbación que pueden dar lugar al interdicto; porque no excluyen totalmente la posesión y sólo toca derechos que á ella se refieren. Este es el interdicto *uti possidetis* de los romanos que se podía rechazar, como entre nosotros con las excepciones de *vi, clam, precario*, por el demandado, pues nada importa que esa posesión sea viciosa con relación á terceros. — Comp. TROPLONG, al art. 2228, n° 284. POTHIER, *Poseción*, n° 102 bis, l. 1, § 9, tít. 17, lib. 43, Dig. FREITAS, art. 4046. — Véanse arts. 2496, 2499, 2795 y sig.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2495. — L. 1, § 5, Dig., *Uti possidetis*. — L. 17, Dig., *De precario*. — Troplong, sobre el art. 2228, n° 284.

Fallos de la S. C. N. — *Aplicación del art. 2495.* — Los hechos de poner el vendedor la cosa vendida á disposición de una sociedad compradora, y de aceptar el cargo de gerente de esta con sujeción á los estatutos, constituyen á la sociedad única poseedora de aquella. — IX, 395.

El que no tiene ni ha tenido la posesión, no puede deducir el interdicto de retener ni el de recuperar. — XXII, 19.

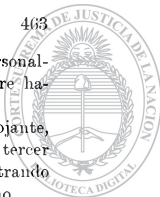
La resolución de un Gobierno de Provincia, ordenando en virtud de denuncia la mensura de un campo poseído por un tercero á título de dueño, como si dicho campo fuera fiscal, importa una verdadera turbación de posesión. — XXXI, 390.

Rechazado el interdicto de retener, el desposeído sólo puede entablar juicio ordinario; el sumario de recobrar, es improcedente. — Jur. Civ., IV, 244, Sér. 2ª.

El interdicto procede, siempre que se trate de cambiar la posesión, sin audiencia del poseedor. — Jur. Civ., IX, 145, Sér. 1ª.

El interdicto de retener, no basta para ordenar la suspensión y acumulación del juicio de desalojo. — Jur. Civ., VII, 95, Sér. 6ª.

El interdicto de obra nueva, procede si el actor justifica la posesión y el hecho de haber sido turbado en ella por construcciones del demandado. — Jur. Civ., IX, 381, Sér. 5ª.



en su propio nombre. Se da igualmente contra el que personalmente comete la desposesión ó la turbación, aunque alegare haberla realizado por orden de un tercero.

En los casos de despojo, se da la acción contra el despojante, cuando la cosa está en poder de éste; pero si ha pasado á un tercer poseedor de buena fe, se da la acción de recuperar, demostrando que la posesión era anual, á título propio y sin vicio alguno.

Las acciones posesorias no sólo se intentan contra los autores personales del hecho, sino también contra sus herederos, por la restitución de la cosa y los daños y perjuicios, desde que representan á la persona de su causante.

§ 704. — DE LAS RELACIONES ENTRE LAS PARTES EN EL JUICIO POSESORIO Y EL PETITORIO

En principio general, los jueces no pueden acumular el juicio posesorio al petitorio, ni éste á aquél; entendiéndose por acumulación, el hecho de tomar las razones en que se funda el petitorio para resolver el posesorio ó vice-versa. Se juzgaría que hay acumulación, cuando el juez rechazara la acción posesoria por motivos tomados exclusivamente del título á la propiedad, sin atender á la prueba de la posesión anual. Habría acumulación, si negase la acción posesoria considerándola como inseparable del petitorio.

El posesorio y el petitorio son dos juicios completamente distintos y separados. El primero tiene por objeto únicamente la posesión, ya se la tome como una fracción del derecho de propiedad, ya se la considere como un derecho de posesión; pero el juicio petitorio al reclamar la propiedad plena, lleva consigo la posesión que es uno de sus primordiales derechos, y por esa razón el que deduce el petitorio, se entiende que renuncia al posesorio.

El derecho *de poseer* se funda en el título y en la posesión, mientras el derecho *de posesión* se adquiere por la posesión anual, sin vicio, con ánimo de poseer la cosa para sí.

Ambos juicios tienen su órbita de acción y su prueba; el posesorio, en la posesión; el petitorio, en la posesión y en el título,



ó en éste solamente; así habrá acumulación, cuando el juez, sin atender á la prueba de la posesión anual, desechara el interdicto, alegando que el despojante es propietario, ó que el actor de la turbación no ha hecho sino ejercer un derecho de propietario, ó cuando sin resolver el posesorio, ordenase que ambos entraran al petitorio. Sin embargo, el único caso de excepción en que se juzgaría que no hay acumulación, es cuando la posesión es dudosa entre el que se dice poseedor y el despojante (art. 2471), en que le sería permitido al juez examinar los títulos respectivos, no para juzgar la posesión, sino para apreciar su naturaleza y extensión; por ejemplo, cuando las dos partes hubieran dado pruebas de actos posesorios, *el juez del petitorio puede sin embargo y sin acumular el petitorio y posesorio, tomar en el curso de la instancia, medidas precisorias relativas á la guarda y conservación de la cosa litigiosa* (art. 2483).

La prohibición establecida para los jueces de que acabamos de hablar, se extiende igualmente para las partes, y bajo este punto de vista, *el que tuviere derecho de poseer y fuere turbado ó despojado en su posesión, puede intentar la acción real que le compete,*

(Art. 2483.) La regla que prohíbe á los jueces acumular el posesorio con el petitorio, no se extiende á las medidas que podrían tomar para asegurar los bienes, ni á ninguna otra que no importase una decisión, aunque sea incidental sobre el posesorio, estando en el petitorio. Así, el juez por razones especiales, que nazcan de la prueba, puede ordenar que la cosa litigiosa sea tenida en guarda por una tercera persona, cuando hubiere justos temores de destrucciones, y con más razón si estas se hubieren realizado; pero la medida en nada alterará, ni influirá en el resultado del juicio, ni autoriza al juez para usar discrecionalmente de esta facultad; porque se debe tener presente que el ser demandado por reivindicación, no es una razón para que se prive al poseedor del goce de la cosa.—AUBRY y RAU, § 186, texto entre las notas 39 y 40. POTHIER, *Possession*, n.º 105.— Véanse arts. 2482, 2484, 2786 y 2788.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2483.—Aubry y Rau, § 18, letra A.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—*Aplicación del art. 2483.*—El interdicto de adquirir no procede si el que acciona no ha tenido jamás la posesión de la cosa. — Jur. Civ., V, 180, Sér. 3ª.

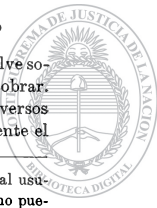


ó servirse de las acciones posesorias, pero no podrá acumular el petitorio y el posesorio (**art. 2482, 1ª parte**).

A pesar de que son dos juicios distintos y de que el uno no debe influir en la resolución del otro, como el petitorio abraza la propiedad que lleva consigo la posesión, resulta de ahí, que reclamada aquella, en la demanda va implícita esta; por esa razón la ley ha dicho: *si intentase acción real, perderá el derecho á intentar las acciones posesorias; pero si usase de las acciones posesorias, podrá usar después de la acción real* (**art. 2482 2ª parte**); así

(**Art. 2482.**) ¿Las acciones posesorias son reales ó personales? Es una cuestión teórica, que sólo tiene interés con relación á la jurisdicción, para decidir la autoridad que debe conocer en el asunto, y todos estamos conformes en que es el juez del lugar donde está situada la cosa. La acción personal tiene de característica, que obliga á la persona con independencia de la cosa, mientras la real va unida á ésta, y por eso se ha dicho, va escrita en la cosa misma. Ahora bien, el que es desposeído, tiene derecho á reclamar la cosa de cualquiera que la posea dentro del año de la desposesión, y esto es sólo propio de la acción real; si fuera personal, una vez que el despojante ha entregado la cosa á un tercero, quedaría sólo él obligado, no se podría perseguirla en poder del nuevo poseedor, y el mismo Dr. Velez-Sarsfield, en la nota (a), bajo el art. 2351, dice: «la posesión no es un derecho puramente personal, es un *jus ad rem* en el sentido de que para tenerlo es necesario el hecho, la posesión de la cosa». Y en vista de la dificultad de su clasificación, se inclina á considerarla como real-personal, que no podemos admitir bajo el sistema de nuestro Código. Savigny, Maynz, Demolombe, Zacharie, Troplong y otros, demuestran que la posesión confiere una acción real. Entre nosotros, el Dr. Cortés ha sostenido que era personal, y el Dr. Llerena ha seguido esta opinión, pero uno y otro están conformes en que el juez debe ser el de la situación de la cosa; que no se debe seguir el del domicilio del obligado, como en las acciones personales, que no tienen fijado el lugar donde deben cumplirse.

El que posee con derecho de poseer, es el que une á su posesión un título que le confiere un derecho real en la cosa, sea que compronda la propiedad plena, sea una fracción, como el usufructo, el uso, etc.; mientras el que tiene el derecho de la posesión, lo ha adquirido por la posesión, *animo dominio*, de la cosa durante un año, estando exenta de vicios. Así, la expresión de: el que tuviera *derecho de poseer*, y fuere turbado en su posesión, está en armonía con la de que *puede intentar la acción real* que



como después de la acción de despojo que no juzga ni resuelve sobre la posesión, el vencido puede intentar la posesoria de recobrar.

De esta diferencia de juicios fundada en derechos diversos resulta, que no se puede intentar el uno estando aún pendiente el

le compete, que no sólo corresponde al propietario sino también al usufructuario, usuario y á los que tienen derecho de poseer, aunque no puedan usar de la acción reivindicatoria.

La acumulación del posesorio con el petitorio, no sólo se extiende á la prohibición de seguir los dos juicios á la vez, sino á que la prueba del uno no influya sobre la del otro, pues con excepción del art. 2471, nada deben tener de común. No hay, por consiguiente, cosa juzgada porque son dos juicios diversos.

No es exacto que el que intenta la acción posesoria deba probar los extremos exigidos para la de despojo, porque en ésta basta la posesión de cualquier clase que sea, y aun la simple tenencia, mientras en la posesoria, la posesión debe ser anual, no interrumpida y sin vicio alguno. Téngase presente que el juicio posesorio sólo resuelve la cuestión relativa al *derecho de posesión*, que nada tiene de común con el derecho de propiedad.—Comp. l. 18, tít. 16, lib. 43, l. 28, tít. 7, lib. 44, l. 178, tít. 16, lib. 50, Dig. MAYNZ, § 174, nota 7. MOLITOR, *Posesión*, nos 123 y sigs. FREITAS, art. 4027.—Véanse arts. 2455, 2468, 2470, 2472, 2484, 2486, 2489, 2497 y 3421.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2482.—Las Leyes Españolas y Romanas admitían el concurso acumulativo de las dos acciones.—LL. 27 y 28, Tít. 2, Part. 3ª, y L. 4, Tít. 3, Lib. 11, Nov. Rec.—L. 18, Lib. 43, Tít. 16, Dig. Las acciones petitorias son las que tienen por fin un derecho real.—L. 28, Tít. 7, Lib. 44, Dig.—L. 178, Lib. 50, Tít. 16, Dig. Para que haya lugar á la acción posesoria, es preciso que haya por parte del demandado una turbación de la posesión, es decir, un acto exterior contrario á la posesión del demandante, sea como acto de posesión sobre el mismo objeto, sea en sus consecuencias; en otros términos, directa ó individualmente. Si la turbación es directa ó inmediata, no es preciso que haya sido tal que haga cesar enteramente la posesión del demandante, basta que la limite. La naturaleza exterior ó material de los actos por los cuales la posesión ha sido turbada, no influye en el derecho de interponer la acción posesoria; poco importa que la turbación sea pública ó clandestina, que haya sido cometida con violencia ó sin ella; que haya constituido una simple turbación ó una desposesión, que haya sido sólo comenzada ó llevada á su término. En general basta para que la turbación autorice la acción posesoria, que el demandado haya tratado la cosa como suya por vías de hecho. Las simples palabras no pueden suprimir ni modificar el hecho de la posesión, y ellas por lo tanto, no son suficientes para autorizar una acción posesoria, aunque muchos jurisconsultos enseñan lo contrario.



otro, lo que podría suceder si se hubiera deducido el posesorio y se quisiera intentar el petitorio; como éste excluye á aquél, desde que lleva consigo la reclamación de la propiedad, no habría razón para que existiera por separado; de ahí es que *establecido el juicio posesorio, el petitorio no puede tener lugar, antes que la instancia posesoria haya terminado (art. 2484).*

(**Art. 2484.**) Esta es una consecuencia de la prohibición de la acumulación de acciones, y se debe extender aun á los casos en que la acción posesoria quisiera unirse á la petitoria. Una vez deducida la acción posesoria, debe resolverse necesariamente para intentar la petitoria, ó de sistir de ella pagando todas las costas del juicio. Esta prohibición de acumulación es para los jueces y para las partes; pero si el que ha deducido el petitorio renuncia al posesorio, el demandado, puede deducir

La acción posesoria es intentada válidamente contra el que ha cometido personalmente un acto de turbación, aunque él pretenda no haber obrado sino en el interés y por orden de un tercero.

El demandado no puede librarse del juicio, excepcionándose con el mandato que hubiese recibido. Debe llamar á que lo garantice aquel á cuyo nombre pretende haber obrado.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2482.—El perturbador de la posesión está obligado á desalojarla. — XXXIV, 374.

La resolución de un Gobierno de Provincia, ordenando en virtud de denuncia la mensura de un campo poseído por un tercero á título de dueño, como si dicho campo fuera fiscal, importa una verdadera perturbación de posesión.

Una resolución de esa clase no puede considerarse como simples palabras, incapaces de herir el goce del poseedor. é inhábil, por consiguiente, para autorizar la acción posesoria. — XXXV, 330.

La sola orden de desalojo expedida por la Municipalidad, no importa la perturbación real y efectiva que la ley requiere para que proceda el interdicto de retener. — XLII, 235.

Procede el interdicto de despojo contra el autor de los actos de turbación, aunque los haya ejecutado en nombre de otro. — XLV, 130.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2482. — Véase fallo al art. 2484. — Jur. Civ., IX, 154, Sér. 2ª.

El interdicto de obra nueva es procedente siempre contra el que intente la obra, aunque alegue obedecer órdenes de un tercero. — Jur. Civ., II, 96, Sér. 3ª.

Recálfa sentencia en el juicio de interdicto de recobrar, no hace cosa juzgada ni forma prueba en el petitorio ó de reivindicación. — Jur. Civ., VII, 120, Sér. 4ª.

No puede prosperar el interdicto de obra nueva, si las construcciones del demandado se han llevado á cabo en terreno propio, sin afectar la posesión del mandante. — Jur. Civ., II, 238, Sér. 5ª.



Se ha dicho que cuando se intenta la acción real de reivindicación se pierden las acciones posesorias, porque se supone renunciadas, y por eso creo que aun deducido el petitorio ante juez incompetente no podría usar del posesorio. Así, pues, *el demandante en el juicio petitorio no puede usar de acciones posesorias, por turbaciones en la posesión, anteriores á la introducción de la demanda (art. 2485, 1ª parte)*, á diferencia del demandado á quien no le puede privar de esas acciones por el hecho de haber intentado el petitorio en su contra, pues sería cómodo para el autor de una turbación, el libertarse de la responsabilidad que trae aparejada con sólo deducir el petitorio; por eso dice el (art. 2485, 2ª parte) *el demandado (en el petitorio) puede usar de acciones*

á su vez el posesorio paralizando la acción de reivindicación. Los dos juicios no pueden existir á la vez, y la razón es que el posesorio sólo abraza la posesión, y no puede resolverse sobre ésta por una parte, y por la otra sobre la propiedad que lleva consigo esa misma posesión. Si el juicio petitorio se ha deducido por el demandante, se suspenderá cuando el demandado entable el posesorio, hasta la resolución de éste. El principio de que pendiente el posesorio, no se puede deducir el petitorio, es absoluto; mientras que deducido el petitorio por el demandante, no podrá venir á demandar por perturbaciones anteriores á la demanda. La ley francesa, 24 Agosto de 1790, dividió el posesorio atribuyéndolo á los jueces de Paz, y el petitorio á los de 1ª Instancia, de modo que allí no hay prohibición para la acumulación. — AUBRY y RAU, § 186, letra *a*. ZACHARIE, § 292. — Véanse arts. 2482, 2485 y 2486.

(Art. 2485.) Se dijo en el art. 2482, que el que intentaba la acción real renunciaba á la posesoria, porque la reivindicación abraza la posesión como uno de los derechos principales de la propiedad, y supone que

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2484.—Véase Zacharie, § 292.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield á los arts. 2484, 2485 y 2486. — Aubry y Rau, § 186, n° 3, hasta el fin del párrafo.

Fallos de la S. C. N. — Aplicación del art. 2484. — En el juicio posesorio nada se prejuzga y es independiente del de propiedad.—XII, 354.

Iniciado un juicio posesorio no puede intentarse el petitorio antes que aquella instancia haya terminado. — XIII, 315.

En el juicio posesorio nada se prejuzga y es independiente del de la propiedad. — XII, 454.



(posesorias) *por perturbaciones en la posesión, anteriores á la demanda*, que se hubieren deducido en su contra.

el demandante en el petitorio no tenía acción posesoria que deducir, ó que estando en posesión de la cosa ha renunciado á la de turbación para controvertir la propiedad. Sin embargo, si habiendo sido turbado en la posesión dedujera la acción petitoria y pendiente ésta fuera turbado, puede deducir la posesoria para pedir la represión.

No se debe confundir, como lo hacen algunos, lo juzgado en el juicio posesorio que no tiene influencia sobre el petitorio, pues si perdió la acción posesoria, porque la posesión fué interrumpida, esa interrupción en nada influirá en la prescripción para adquirir si no tiene un año; así, pudo declararse interrumpida la posesión en el posesorio y no serlo en el petitorio; del mismo modo, la mala fe que no tiene importancia en el posesorio es esencial en la prescripción de 10 y 20 años. Considero insostenible la teoría de que pueden seguirse los dos juicios á la vez, no sólo porque el art. 2484 es terminante, sino porque no se concibe la utilidad de llevarlos paralelamente, ni la posibilidad de ejecutar las sentencias, pues podría muy bien suceder que en el mismo día de resuelto el petitorio se declarase que la cosa pertenecía al demandante, mandándosela entregar, y en el posesorio fuera condenado el propietario como perturbador á respetar la posesión del vencedor, que habiendo demostrado tener un año de posesión no interrumpida y sin vicio, sería protegido; dos sentencias que no podrían cumplirse al mismo tiempo.

El juicio posesorio es privilegiado, tanto en la acción de despojo, como en la posesoria de recuperar, porque versa sobre el derecho de *posesión* que la ley debe proteger, y si una vez entablado no puede deducirse el petitorio, no vemos la razón de continuarlo, cuando el demandado tenga derecho para entablar aquél, pues existe la misma causa para no deducirlo ó hacer que se paralice. El único caso en que podría admitirse la introducción del petitorio, habiéndose deducido el posesorio, según Aubry y Rau, § 186, nota 45, es cuando tenga por objeto interrumpir la prescripción, pero eso no puede tener lugar por nuestro derecho, que prohíbe la introducción de ambas acciones á un mismo tiempo. — Comp. AUBRY y RAU, § 186, letra c. MOLITOR, *Posesión*, n° 127. — Véanse arts. 2482, 2483 y 2484.

Fallos de la S. C. N.— Aplicación del art. 2485.— El ejecutado en juicio ejecutivo puede hacer valer su oposición el embargo solamente por vía de excepciones en el mismo juicio, y no por vía de acción posesoria.

El tercero que en dicho juicio ha demandado la propiedad de los bienes



Y á fin de que no haya acumulación de estos dos juicios, la ley ha querido que *el demandado vencido en el posesorio, no pueda comenzar el juicio petitorio, sino después de haber satisfecho plenamente las condenaciones pronunciadas contra él* (art. 2486), principio que debe aplicarse por analogía al demandante en el mismo caso; pero como el vencedor puede tener interés en impedir que el juicio petitorio se deduzca, si pusiera difi-

(Art. 2486.) Habría acumulación, si el posesorio no estuviera completamente concluido; por consiguiente, sea el demandante ó demandado quienes lo hubieran deducido, deben satisfacer todas las condenaciones. El triunfo en el posesorio no borra la interrupción, pues esta no existe, sino cuando ha llegado á un año, art. 3984, y en ese caso no ha podido vencer, porque habría perdido la acción posesoria; así, el triunfo indicaría que el contrario no ha tenido una posesión anual, y entonces se aplicaría la regla de la l. 13, § 9, tit. 2, lib. 41, Dig., de que cuando la posesión de una cosa me ha sido devuelta por la mano de la autoridad, puedo servirme del tiempo que ha sido poseída por mi adversario; principio que ha querido extenderse aun al petitorio, y se comprendería difícilmente, dicen Aubry y Rau, que la interrupción definitivamente operada por una desposesión de más de un año, fuese borrada por el efecto de una sentencia dada en el petitorio, no solamente respecto de la parte condenada á la entrega, sino aun con relación á cualquier tercero que quisiera prevalerse de la posesión; pues la sentencia es relativa á la parte litigante y no podría ser invocada contra los terceros que no han intervenido en el juicio; así, lo resuelto en el petitorio no puede borrar la interrupción de un año, aunque la cosa se devolviera al reivindicante. — Esta decisión apoyada por MERLIN y AUBRY y RAU, es combatida por VAZEILLE, MARCADÉ y TROPLONG.

embargados, no puede simultáneamente litigar por vía de interdicto sobre su posesión. — XLVII, 68.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2486.—Las sentencias en juicio posesorio no hacen cosa juzgada para la cuestión de propiedad.—XIII, 457.

Mientras no se hayan pagado por el demandante las costas en que fué condenado en el juicio posesorio, no puede darse curso al que entabla sobre reivindicación. — XXXIX, 348.

Véase el fallo al art. 2461. — XXXV, 7.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2486.—La disposición legal que prohíbe al demandado vencido en juicio posesorio, entablar el petitorio sin haber cumplido la sentencia, no es aplicable al demandante. — Jur. Civ., II, 78, Sér. 4^a.



cultad para la liquidación de los gastos ó perjuicios, el juez podrá á solicitud del vencido, fijar provisoriamente el importe de ellos, y una vez depositado, autorizar á deducir el petitorio. Nuestro Cód. de Proc., nada dice; pero el objeto de la ley es impedir al vencido el ejercicio de la acción, antes de haber satisfecho todas las condenaciones, y esto se consigue con depositar el importe de todos los gastos.

La decisión del posesorio en nada puede influir sobre la del petitorio, porque aquélla comprende el derecho *de posesión*, que se adquiere por la posesión anual, pública, no interrumpida y sin vicio, mientras éste se refiere á la propiedad; así los hechos de la posesión, ni los caracteres de esos hechos, ni las causas de interrupción, pueden ser tomados en consideración en el petitorio.

TÍTULO IV

DE LOS DERECHOS REALES ^(*)

CAPÍTULO ÚNICO

§ 705. — GENERALIDADES



Los derechos se pueden dividir en dos grandes grupos: absolutos y relativos. Absolutos son aquellos que confieren al sujeto activo del derecho; es decir, al dueño de él, un poder sobre un

(*) Aunque en la nota al art. 497 definimos los derechos reales, tratando ahora especialmente de ellos, diremos con Demolombe, que derecho real, es el que crea entre la persona y la cosa una relación directa ó inmediata, de tal manera que no se encuentran en ella sino dos elementos, la persona que es el sujeto activo del derecho, y la cosa que es el objeto.

Se llama, al contrario, derecho personal, aquel que sólo crea una relación entre la persona á la cual el derecho pertenece, y otra persona que se obliga hacia ella, por razón de una cosa ó de un hecho cualquiera, de modo que en esa relación se encuentren tres elementos, á saber: la persona que es el sujeto activo del derecho (el acreedor), la persona que es el sujeto pasivo (el deudor), y la cosa ó el hecho que es el objeto.

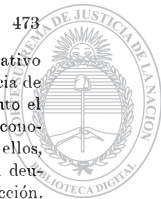
Los derechos reales comprenden los derechos sobre un objeto existente; los derechos personales, comprenden los derechos á una prestación, es decir, á un objeto que tiene necesidad de ser realizado por una acción. La persona á la cual pertenece un derecho real, puede reivindicar el objeto contra todo poseedor; la que tiene un derecho personal no puede perseguir sino á la persona obligada á la acción ó á la prestación. Cuando muchas personas han adquirido en diversas épocas sobre el mismo objeto el mismo derecho real, el derecho anterior es preferido al derecho posterior, mas el derecho personal anterior no es preferido al derecho personal posterior.

La causa eficiente del derecho personal es la obligación, siempre y únicamente la obligación, cualquiera que sea su origen: un contrato, un cuasi-contrato, un delito ó un cuasi-delito, ó la ley.

La causa eficiente del derecho real es la enajenación, ó generalmente, los medios legítimos por los cuales se cumple la transmisión en todo ó en parte de la propiedad.

El derecho real se tiene cuando entre la persona y la cosa que es el objeto, no hay intermediario alguno, y existe independiente de toda obligación especial de una persona hacia otra.

Por el contrario, el que no puede dirigirse directamente sobre la cosa misma y tiene necesidad de dirigirse á una persona especialmente obligada á él por razón de la cosa, no tiene sino un derecho personal.



objeto dado con relación á *todo el mundo*; mientras el relativo sólo le asegura respecto de una ó varias personas, la existencia de un estado de actividad ó de inacción. En el derecho absoluto el sujeto pasivo es la totalidad de los individuos que deben reconocerlo, y su objeto es la inmovilidad ó inacción de todos ellos, con relación á la cosa; en el relativo, el sujeto pasivo es el deudor ó deudores, y el objeto es el deber de acción ó de inacción. Así, cuando se tiene la propiedad de una cosa, el sujeto pasivo son todos los individuos, y el objeto de este derecho es que todos lo reconozcan ó permanezcan inactivos en su presencia, mientras que cuando A, se obliga á darme una cosa, él es el sujeto pasivo del derecho, y el objeto es compelerlo á que obre en el sentido de darme la cosa.

Entre los derechos absolutos figuran los *reales* donde no se encuentra á la persona directamente obligada, ni la cosa que se deba pedir; la obligación reside en todos los individuos que están en el deber de guardar inacción en presencia de la cosa ó del derecho que va escrita en ella. En las obligaciones, por el contrario, siendo esencialmente personales hay una persona ó personas directamente responsables, y el objeto es un hecho que el obligado debe realizar, ó de que debe abstenerse, habiendo tenido derecho para ejecutarlo: en una palabra, una persona que es el acreedor y la otra el deudor. De esta manera de considerar los derechos, nace la diferencia de las acciones. El derecho real lleva consigo una acción *in rem*, que sólo tiene por objeto la cosa sin consideración

El derecho real supone necesariamente la existencia actual de la cosa á la cual se aplica, pues que la cosa es el objeto directo é inmediato, y no puede haber un derecho sin objeto; mientras que el derecho personal, no teniendo en realidad por objeto sino el cumplimiento de un hecho prometido por la persona obligada, no exige necesariamente la existencia actual de la cosa, á la cual ese hecho deba aplicarse.

El Derecho Romano no habia formulado científicamente la clasificación de derechos reales, y derechos personales. La división la aplicaba á las acciones. *Omnium actionum, dice la Instituta, summa divitio in duo genera deducitur, aut enim in rem sunt, aut in personam.* Instituta, Lib. 4, Tit. 6, § 1.

El Digesto explicando la distinción de las acciones reales (vindicações) y de las acciones personales (condiciones) nos da una excelente definición de los derechos reales y de los derechos personales... *Namque agit unusquisque aut cum eo qui ei obligatus est... quo casu prodite sunt actiones in personam. Aut cum eo agit qui nullo jure ei obligatus est, quo casu prodite actiones in rem sunt.* (L. 25, Dig. De Obligat. et ate.)

Sobre los derechos reales en general, véase Ortolan, *Generalización*, § 75.—Maynz, § 172.—Mackelley, § 218.—Demolombe, tomo IX desde la pág. 335.—Véase L.L. 1, Tit. 13, Part. 5ª, 7, Tit. 15, Part. 5ª, y 11, Tit. 11, Part. 5ª, que contraponen las acciones personales y las reales, y L. 5, Tit. 8, Lib. 11, Nov. Rec.



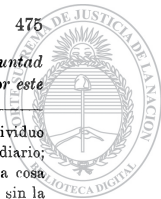
á la persona que la detenta; mientras la obligación engendra la acción *in personam*, y tiene por objeto compeler al deudor á ejecutar un hecho ó abstenerse del que tenía derecho de hacer.

Uno de los rasgos característicos del derecho *real*, es la exclusión de todo derecho semejante en la misma cosa, ó comprendiendo la misma parte; así, dos personas no pueden tener derecho sobre una cosa, sin que se entienda que cada uno posee una parte que se puede determinar idealmente. En el derecho de obligación no hay inconveniente, pueden existir acreencias que tengan objetos idénticos, coexistiendo entre las partes sin dañarse; pero no en el derecho á la propiedad de una cosa, pues habría una colisión que disminuye el derecho de cada uno, los dos no pueden ser dueños del todo.

Como el derecho real es absoluto y se hace valer contra todos los individuos que están obligados pasivamente, se sigue de ahí, que sólo la voluntad soberana del legislador puede hacerlo nacer; por eso dice el (art. 2502): *los derechos reales sólo pueden ser*

(Art. 2502.) Todo derecho debe tener un sujeto activo, el que posee el derecho, y un sujeto pasivo, el que debe prestarlo cuando es personal, ó el que debe respetarlo por su inacción, cuando es real. En el derecho real, el sujeto activo del derecho es el propietario de la cosa, y hablo de la propiedad porque es la más completa manifestación del derecho real, y el sujeto pasivo, son todos los individuos que deben permanecer inactivos; esta inacción es uno de los objetos del derecho real, y la completa la cosa ú objeto físico á que el derecho se refiere. Los derechos sobre las cosas, dice Roguin, (*La règle du droit*) se distinguen de los demás por el género particular de su objeto en el doble sentido de la palabra; ellos abrazan los seres inertes, los vegetales ó los animales, sin consideración de la vida y de la voluntad que les aproxima al hombre. Los derechos inmediatos sobre las cosas son llamados con frecuencia *derechos reales*, expresión que procede de la legislación romana, y que se puede aceptar como muy conveniente.

La causa eficiente del derecho real es la posesión de la cosa obtenida por los medios legítimos, y por los que se cumple la transmisión, cuando se trata de la propiedad; y sólo se aplica á fracciones de esta, por los medios que la ley determina, como en el uso, usufructo ó servidumbre activa ó hipoteca. La causa del derecho personal, por el contrario, es siempre la obligación, ya tenga su origen en el contrato, cuasi-



creados por la ley. Todo contrato ó disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, ó modificase los que por este

contrato, el delito ó cuasi-delito, ó la ley. En el derecho real, el individuo se pone en relación inmediata y directa con la cosa, no hay intermediario; en el personal, es la persona la obligada, y por su intermedio, la cosa que es su objeto, de donde se deduce que el derecho real no existe sin la cosa, mientras que el personal no necesita de su existencia inmediata y actual desde que es sobre la persona que reposa la obligación. Así, es derecho *personal*, aquel que nos confiere la facultad para obligar individualmente á una persona á una prestación, y derecho *real*, el que da la facultad de sacar de una cosa cualquiera, todas las ventajas que ella proporcione, llegando hasta destruirla sin utilidad.

Cuando los particulares, por contrato ó por testamento, quisieran crear un derecho real, se consideraría como no existente, como si se estableciera el derecho enfiteútico ó el de superficie, ó si se dividiese la propiedad horizontalmente, dando á uno los bajos y al otro los altos. Freitas, art. 3706, reputa como no escrita toda estipulación ó disposición de última voluntad que constituya otros derechos reales ó que modifique los establecidos; pero admite que valgan como derechos personales, si como tal pudieran valer; doctrina que nuestro Código ha seguido. Así los derechos á que nos hemos referido, ¿se reputan como no existentes? Será cuestión de hecho y de interpretación. Aquel á quien se le ha concedido en enfiteusis un campo, por un canon determinado, podrá reclamarlo en arrendamiento por diez años, que es el término máximo; si á uno se le han legado los bajos de una casa y á otro los altos, ambos tendrán toda la propiedad; pero si se ha concedido el derecho real de hipoteca por 15 años, no valdrá sino por 10, y los 5 restantes sólo tendrá obligación personal. — Comp. ROGUIN, *Le regle du droit*, n° 144. DEMOLOMBE, IX, nos 464 y 466, de donde ha sido tomada la nota del doctor VELEZ-SARSFIELD. ORTOLAN, *Generalización*, nos 188 y sig. — Cód. FRANCÉS, art. 543. Cód. DE CHILE, art. 577. FREITAS, arts. 3703 y 3706. — Véanse arts. 497, 2419, 2828 y 3010.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2502. — Demolombe en el tom. 9, desde el número 511, sostiene extensamente la resolución del artículo, contra muchos jurisconsultos franceses.

El Derecho Romano no reconoce al lado de la propiedad, sino un pequeño número de derechos reales, especialmente determinados, y era por lo tanto privada la creación arbitraria de nuevos derechos reales. Mas desde la Edad Media las leyes de casi todos los Estados de Europa crearon derechos reales por el arrendamiento perpetuo ó por el contrato de cultura perpetua, y por



Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer. La voluntad del individuo es impotente para limitar la acción de todos los que no han intervenido en el nacimiento del derecho.

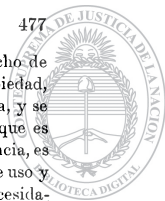
Entre los derechos reales el más importante y que ocupa el primer rango, es el de propiedad ó *dominio*, porque abraza la cosa en toda su capacidad de utilidad y de goce, y autoriza al propietario á hacer el uso que quiera y aun puede destruirla. Si la ley algunas veces limita este derecho, como en el caso de los animales que no se pueden torturar ó someter á crueles tratamientos, ó en las casas que no se pueden levantar sino hasta cierta altura, esas son restricciones y límites al dominio establecidas con un fin superior de higiene, ornato ó seguridad; ó para conservar las buenas costumbres cuando se trata de los animales.

Así como el dominio ó la propiedad (que en nuestro Código se consideran como equivalentes) es el más importante de los derechos reales, del mismo modo, el condómino es el que le sigue, porque es la co-participación de dos ó más personas en la misma cosa.

Fuera de estas dos formas que absorben por completo toda la

mil otros medios. En España la constitución de rentas perpetuas como los censos, creó un derecho real sobre los inmuebles que las debían; y el acreedor del canon tenía derecho para perseguir la cosa á cualquiera mano que pasase. Los escritores españoles se quejan de los males que habían producido los derechos reales sobre una misma cosa, el del propietario, y el del censuista, pues las propiedades iban á su ruina. En otros casos, se veía ser uno el propietario del terreno y otro el de los árboles que en él estaban. Algunas veces uno era propietario del pasto que naciera, y otro el de las plantaciones que hubiesen hecho. La multiplicidad de derechos reales sobre unos mismos bienes es una fuente fecunda de complicaciones y de pleitos, y puede perjudicar mucho á la explotación de esos bienes y la libre circulación de las propiedades, perpetuamente embarazadas, cuando por las leyes de sucesión esos derechos se dividen entre muchos herederos, sin poderse dividir la cosa asiento de ellos. Las propiedades se desmejoran y los pleitos nacen cuando el derecho real se aplica á una parte material de la cosa que no constituye, por decirlo así, una propiedad desprendida y distinta de la cosa misma, y cuando no constituye una copropiedad susceptible de dar lugar á la división entre los comuneros, ó á la licitación.

Fallos de la S. C. N. — Aplicación del art. 2502. — Los privilegios que la ley civil concede al constructor de una finca sobre el valor de ésta, sólo pueden ejercerse en caso de concurso, y hallándose la finca en el dominio del deudor. — XX, 181.



capacidad utilizable de una cosa llegando hasta el derecho de destruirla, vienen las desmembraciones del derecho de propiedad, que van como escritos en la cosa sin que miren á la persona, y se les ha considerado como derechos reales. Así, el usufructo, que es el derecho de usar y gozar de una cosa sin alterar su substancia, es uno de los principales que proporciona la propiedad; el de uso y de habitación, que es el mismo derecho limitado á las necesidades personales del usuario; las servidumbres activas que es el derecho sobre un inmueble ajeno para limitar el del propietario; la hipoteca, la prenda y la anticresis que confieren al acreedor el derecho de ser pagado con prelación á los demás sobre la cosa que tienen en garantía, y que en realidad no son derechos reales en la verdadera acepción de la palabra, porque no hay desmembración de la propiedad, sobre todo en la hipoteca que sólo limita al propietario el derecho de destruir ó deteriorar la cosa hipotecada. Así, dice el **art. 2503**, *son derechos reales*:

- 1º *El dominio y el condominio*;
- 2º *El usufructo*;
- 3º *El uso y la habitación*;
- 4º *Las servidumbres activas*;

(**Art. 2503**, nº 1.) La propiedad ó el dominio la toma nuestro Código como equivalentes, y algunos autores, como Pothier, dicen: *dominio de propiedad*. El dominio tiene diversos significados; así, se dice, bienes del dominio público, el dominio eminente, etc. Es más comprensiva la palabra *propiedad*, porque cada individuo se *apropia* la cosa, y la hace *propia* para su destino, no obstante se la toma como equivalente. En algunos casos no se puede usar como sinónimo, porque el uso ha consagrado la elección de la palabra; así, se dice, la propiedad de un crédito y no el dominio, pero significa lo mismo.

El *dominium* entre los romanos venía de *domus*, porque en cada casa se encontraba la propiedad que sólo podía tener el jefe de la familia.

El *condominio* es la participación que otro tiene en la misma cosa y cuya parte está materialmente indeterminada, pero determinada idealmente con relación al todo, y FREITAS, art. 3704, divide los derechos reales que se tienen sobre cosas propias, de los establecidos sobre cosas ajenas. — Véanse arts. 2506, 2661 y 2673.

(**Art. 2503**, nºs 2, 3 y 4.) El usufructo, el uso y la habitación difieren esencialmente de las servidumbres activas, en que aquellos reposan so-



5° *El derecho de hipoteca;*

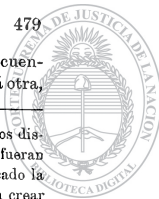
6° *La prenda;*

7° *La anticresis.*

bre la posesión del inmueble, mientras en éstas, el inmueble continúa siendo poseído por el dueño; es un servicio que presta la propiedad sin salir de su poder. No se concibe el derecho real de usufructo sin que el usufructuario tenga la cosa por sí ó por otros; en la servidumbre, la cosa que otro posee presta el servicio al inmueble, si es real; si es personal, lo presta al propietario del inmueble, pero sin poseerlo. — Véanse artículos 2971 y 2972. Se llaman servidumbres activas para indicar que son las propiedades ó personas que gozan de esos derechos sobre las propiedades que sufren la restricción. — FREITAS, art. 3705, n^{os} 2, 3 y 4. — Véanse arts. 2807, 2948 y 2970.

(**Art. 2503**, n^{os} 5, 6 y 7.) La prenda difiere de los demás derechos reales en que sólo se conserva por la tenencia de la cosa, para asegurar el cumplimiento de una obligación, sin más derechos que el privilegio de ser pagado primero sobre el valor de ella. El derecho real se funda, pues, en la posesión de la cosa. Por eso creo que también es un derecho real el *derecho de posesión* de que habla el art. 2477. En la anticresis, el acreedor, no sólo tiene la cosa, sino que goza de sus frutos para compensarlos con los intereses de la suma debida; en estos casos el derecho real consiste en la retención, y se convierte en privilegio; pues debe ser pagado primero mientras tenga la posesión de la cosa. La hipoteca no participa ni del carácter de las servidumbres, ni de los derechos reales de uso ó de usufructo, ni de la prenda ó anticresis, porque ni es un servicio á la persona ni al inmueble, ni se funda en la posesión; deja la cosa en completa libertad, gravada, en poder del propietario, y no tiene otra limitación que el no poder deteriorarla. En vez de ser una desmembración del derecho de propiedad, es una mera limitación. — Comp. FREITAS, art. 3705, n^{os} 5, 6 y 7. — Véanse arts. 2204, 3108 y 3239.

El Código ha suprimido la enfiteusis, el derecho superflucio, la división que las leyes antiguas concedían sobre los edificios, atribuyéndoles á unos la propiedad de un piso y á otros los del superior, así como las capellanías. Con este mismo derecho la Asamblea suprimió los mayorazgos, sin que se atentase al derecho de propiedad, ni pudiera considerarse despojo, como lo enseñan algunos; porque la reglamentación del uso y extensión del derecho de propiedad, limitándolo en razón de intereses superiores que respondan á la seguridad, higiene ó al sistema político que la nación se hubiere dado, son facultades inherentes á la



Una especialidad del derecho real, pero cuya razón se encuentra, no en la cosa sino en la persona que lo ha transmitido á otra,

soberanía. Al suprimir los mayorazgos, limitando la voluntad de los disponentes, ejerció un derecho legítimo, impidiendo que esos bienes fueran inalienables, poniéndolos en el comercio de donde los había sacado la voluntad del testador. Si ha impedido que los particulares puedan crear derechos reales, ¿por qué no habría podido anular los ya creados? Nadie había adquirido derechos, eran meras expectativas que la ley podía alterar.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2503. -- No enumeramos el derecho del superficiario, ni la enfiteusis, porque por este Código no pueden tener lugar. El derecho del superficiario consistía en poder hacer obras, como edificar casas, plantar árboles, etc., adherentes al suelo, sobre las cuales tenía un derecho de propiedad, independiente del de propietario del terreno, el cual, sin embargo, podía por derecho propio, hacer sótanos y otros trabajos subterráneos bajo de la misma superficie que pertenecía á otro, con tal que no perjudicase los derechos del superficiario, así como el superficiario no podía deteriorar el fondo del terreno.

En Roma, según las reglas del Derecho Civil, la propiedad de la superficie no podía ser distinta de la propiedad del suelo, lo que importaba decir no sólo que el propietario del suelo venía á ser propietario de todas las construcciones y plantaciones que él hubiese hecho con los materiales de otro, ó que un tercero hubiese hecho en el suelo con sus materiales, sino también que el propietario del suelo no podía enajenar la superficie en todo ó en parte, separándola del suelo; y si él, por ejemplo, hubiese vendido la casa solamente sin vender el suelo, el adquirente no venía á ser propietario de ella.

Mas después el Derecho pretoriano concedió al adquirente de la superficie una acción y un interdicto especial, cuando se tratase de una concesión á perpetuidad ó por un largo tiempo.

El derecho de superficie desde entonces, como una desmembración del derecho de propiedad, podía ser transmitido y enajenado en todo ó en parte, gravado con usufructo ó servidumbre, venir á ser el objeto de una acción de partición entre los herederos, si estaba indiviso, y susceptible de ser adquirido por prescripción.—L. 1, §§ 6 hasta 9, Dig. *De adq. vel amitt. possess.*

Hemos juzgado que era más conveniente aceptar el derecho puro de los Romanos y estar á las resoluciones generales sobre lo que se edificase ó plantase en suelo ajeno. El derecho de superficie desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos.

Suprimimos también el derecho enfiteútico, ó lo que en España se llamaba censo enfiteúico. La enfiteusis era la concesión de un fundo que una de las partes entregaba á la otra á perpetuidad ó por un largo tiempo, con cargo de mejorarlo por construcciones ó plantaciones, y de pagar un canon anual. La enfiteusis se distingue por un doble efecto: por una parte, el enfiteuta se obliga á pagar al cedente del terreno el canon enfiteúico, lo que parece demostrar que la propiedad permanece en poder de éste, y por otra parte, el



es la indicada en el **art. 2504**, que dice: *si el que transmitió ó constituyó un derecho real que no tenía derecho á transmitir ó cons-*

(**Art. 2504.**) La única excepción á este artículo es con relación á la hipoteca, art. 3126, como lo observamos en la *Instituta*, n° 319. El

enfiteuta adquiere un derecho real. Ejerce las acciones posesorias y petitorias: puede enajenar su derecho, constituir hipotecas en el fundo, ó imponerle servidumbres. Y ciertamente que estos otros derechos semejantes no se derivan de un arrendamiento. Ellos demuestran al contrario la transmisión de un derecho real. No es venta de un usufructo, pues éste se extingue por la muerte del usufructuario, y el derecho enfiteutico pasa á los herederos. No es venta tampoco de una propiedad, porque se debe pagar una pensión anual, y el acreedor lleva el nombre de señor directo en quien el enfiteuta mismo reconoce el derecho de propiedad.

Así, dice Demolombe, la enfiteusis es una convención *sui generis*, un poco de arrendamiento, un poco de usufructo, un poco de propiedad; pero verdaderamente no es arrendamiento, ni usufructo, ni propiedad. Esto mismo ya lo decía la Ley Romana. *Jus emphyteuticarum neque conductionis, neque alienationis esse titulis adjiciendum, sed hoc jus tertium esse constituimus*, L. 1, Cód. *De jure emphyt.*—*Instit. § 3, locati condict.* La singularidad de este derecho ha hecho que las leyes, la jurisprudencia y la doctrina estén llenas de incertidumbres y de controversias.

La conveniencia de este contrato ha dependido siempre del estado de la sociedad en sus diferentes épocas, de las instituciones políticas que permitían los feudos, la inalienabilidad de los bienes raíces y los mayorazgos que constituían el derecho sucesorio al arbitrio de los padres. Entre nosotros ha existido, y la experiencia ha demostrado que las tierras enfiteuticas no se cultivan ni se mejoran con edificios. Suprimiendo las enfiteusis, evitamos los continuos y difíciles pleitos que necesariamente trae, cuando es preciso dividir por nuestras leyes de sucesión el derecho enfiteutico y el derecho del señor directo. El contrato de arrendamiento será entre los propietarios y los cultivadores ó criadores de ganado, un intermediario suficiente.

En virtud pues, de lo dispuesto en este artículo y en el anterior, la Comisión que proyectó el Cód. Civil para España, suprimió la enfiteusis y Goyena en la nota al art. 1547 expone los males que ese contrato había causado en aquel reino. En casi todos los Códigos modernos está prohibida la enfiteusis. En el Cód. Francés no hay la palabra enfiteusis. Si se hace, pues, un contrato de enfiteusis, valdrá sólo como un contrato de arrendamiento, ya que no puede valer como de usufructo, y durará sólo por el tiempo que puede durar la locación.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2503.—La prelación que la ley concede á las costas judiciales en la ejecución de una hipoteca, sólo es aplicable á las causadas por el acreedor hipotecario.—Jur. Com., II, 283, Sér. 1ª.

La tercería de dominio excluyente, sobre un inmueble, es improcedente si se funda en un documento simple que sólo concede derechos personales.—Jur. Com., V, 382, Sér. 2ª.



tituir, lo adquiriese después, entiéndese que transmitió ó constituyó un derecho real verdadero, como si lo hubiera tenido al tiempo de la transmisión ó constitución, porque estando obligado á hacerlo respetar, y pagar los daños y perjuicios cuando el verdadero dueño del derecho lo reclamase, no puede atacarlo él mismo; sin embargo, esta regla reconoce una excepción en el art. 3126, respecto de la hipoteca.

Como *los derechos reales* nacen de la ley, y la voluntad humana es impotente para crearlos, de ahí resulta que, *se adquieren y se pierden, según las disposiciones del Código, relativas á los hechos ó á los actos, por medio de los cuales se hace la adquisición ó se causa la pérdida de ellos (art. 2505)*; así, la pérdida ó extin-

art. 1051 no es una excepción, como pudiera creerse, porque abraza casos diversos; el bien raíz reivindicado, pasa al reivindicante vencedor sin gravamen alguno, habiéndose extinguido todos los derechos reales constituidos por el vencido; pero si durante la reclamación ó antes el vencedor hubiera constituido algún derecho real, quedaría irrevocable por la adquisición de la cosa. El presente artículo sólo se refiere al caso de transmisión ó constitución de un derecho real, que viene á adquirirse posteriormente por el que lo constituyó sin derecho; así, el que sin ser dueño de la cosa impuso una servidumbre sobre el inmueble, quedaría subsistente si posteriormente lo adquirió; si entregó una cosa en prenda y posteriormente vino á adquirir este derecho, no se extenderá más allá de la acreencia que garante su propio derecho. El principio del artículo se funda en la obligación que tiene el constituyente de respetar y garantizar el derecho constituido por él, so pena de daños y perjuicios. No encuentro bien justificada la excepción de la hipoteca, porque no es satisfactoria la razón dada por Aubry y Rau, § 266, de que si la hipoteca de cosa ajena pudiera valer, tendríamos una hipoteca de bienes futuros, lo que no es exacto, porque esta, como los demás derechos reales, se constituyen en el supuesto de que la cosa pertenece al hipotecante, y no para cuando llegue á pertenecerle. Téngase presente que cuando el acreedor ha recibido, en prenda de buena fe, la cosa de otro, puede rechazar la acción del propietario, á menos que la cosa haya sido robada ó perdida.—FREITAS, art. 3845.—Véanse arts. 1051, 1330, 2355, 2682, 2982, 3125, 3126 y 3270.

(**Art. 2505.**) No se pueden trazar reglas generales para la adquisición ó pérdida de los derechos reales, y es más conveniente reglamen-



ción de la cosa, extingue el derecho real, aunque en las inmuebles ésta sólo es relativa, porque continúa sobre el terreno, á menos de desaparecer por la ocupación permanente del mar ó del río. La renuncia ó abandono del derecho, causa igualmente su extinción.

Las leyes nuevas pueden alterar los derechos reales concedidos sólo por el ministerio de la ley, no así los que nacen de contratos expresos que dejando de ser meras expectativas, fijan de una manera precisa el derecho, ó se obra en el momento mismo del contrato; mientras los demás permanecen latentes hasta el momento de usarlos. Las leyes nuevas no modifican, ni quitan el derecho real adquirido por contrato, pero pueden limitarlo en su ejercicio por consideraciones de orden público; porque las facultades concedidas al propietario y que no se han ejercido, pueden sufrir modificaciones, sobre todo en lo que se refiere á la edificación, modo de usar y transmitir las cosas.

tarlos en cada uno de sus títulos. Para la adquisición, los autores han determinado dos causas: 1º, la causa próxima, ó el *modus adquirendi*; 2º, la causa remota ó el justo título; pero éste faltaría en la ocupación, por ejemplo, cuando se toma una cosa que no tiene dueño. Lo mismo sucede respecto de los modos de extinción, que obedecen á principios diferentes. Las causas generales de extinción son: la anulación del derecho ó su renuncia; la pérdida ó extinción de la cosa que haga imposible el ejercicio del derecho; el cumplimiento de la condición resolutoria á que estuviera sujeto el derecho, así como la prescripción en ciertos casos.—Comp. MAYNZ, §§ 163 y 164.—Véanse arts. 10, 11, 2355, 2458 y 2918.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2505.—Muchos escritores han pretendido establecer reglas generales sobre la adquisición y pérdida de los derechos reales.—Maynz, en el § 163, ha demostrado la inutilidad de este empeño, por los diversos modos de adquirir ó perder la propiedad, ó el derecho real constituido en ella, varían según la naturaleza de los hechos, por los cuales se hace la adquisición ó se causa la pérdida. Mejor será que al tratar de cada uno de los derechos reales, se disponga sobre el modo de adquirirlos, y las causas por qué se pierden.

TITULO V

DEL DOMINIO DE LAS COSAS Y DE LOS MODOS DE ADQUIRIRLO

§ 706. — NOCIONES GENERALES SOBRE LA PROPIEDAD



Entre los romanos el derecho de propiedad se ha abierto paso al través de las vicisitudes que los pueblos sufren en su desenvolvimiento progresivo; primero ha sido el medio bárbaro del pillaje y del botín; después el jefe de la familia era el único capaz del dominio, *domus*; y finalmente, el individuo adquiere la capacidad, y la propiedad aparece como la idea de un poder jurídico el más completo de una persona sobre una cosa. Así es que *el dominio es el derecho real, en virtud del cual una cosa se encuentra sometida á la voluntad y á la acción de una persona* (**art. 2506**),

(**Art. 2506.**) Para que haya dominio, es necesario que exista una cosa material determinada, que se pueda someter á la voluntad, porque no se concibe el ejercicio de ciertos actos materiales sobre cosas incorpóreas. Así los derechos, como objetos inmateriales, no pueden ser susceptibles de propiedad, por más que tengan su existencia propia y formen una parte importante del patrimonio de una persona. Molitor tiene razón cuando dice: las *quantitates rerum*, no designadas en su especie como en su cantidad no podrían ser objeto de una reivindicación, pero no expresa bien la idea, pues tal como resulta de la expresión sería una cantidad numérica, como 100, 1000, etc., la que no podría reivindicarse, lo que es evidente; pero eso no ha querido expresar; lo que no se puede reivindicar son las cantidades de cosas debidas, como 10 fanegas de maíz, 100 vacas, 1000 pesos, porque sólo constituyen una acreencia y no un derecho de propiedad; pero de esto no se deduce, que no sean susceptibles de propiedad. Cantidades de cosas no determinadas, es sin duda una expre-



mientras el Código francés la define, como el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, lo que ha hecho decir á sus comentadores, que más que una definición, es una enumeración de los principales atributos de la propiedad.

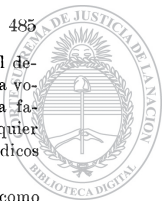
sión incorrecta, porque no expresa la idea de que no están designadas en su individualidad.

El derecho de propiedad sólo abraza las cosas materiales, y comprende el conjunto de derechos de que la cosa es susceptible, como el de uso, que crea el derecho de transformarla, de enajenarla ó destruirla, y lleva consigo como un elemento de conservación, la exclusión y defensa de la cosa, cuando alguien quisiera apropiársela, ó el de hacérsela restituir en los casos de usurpación. El derecho de *gocce* trae consigo el de percibir los frutos que la cosa produzca, así como los productos, y el de someterla á sus necesidades ó á las de aquellos á quienes desee favorecer. El propietario puede ejecutar todos los actos jurídicos de que sea legalmente susceptible, y aun abandonarla sin transmitirla á otra persona. La propiedad, como todo derecho, no tiene más limitación que el impuesto por la misma naturaleza, y las restricciones creadas por la ley, lo son en vista de un orden social superior, y no importan un desconocimiento de la propiedad. — Comp. AUBRY y RAU, § 190. DEMOLOMBE, IX, n.º 544 y sig. MOLITOR, *Reivindicación*, n.º 13. ZACHARLE, § 276. — Véanse arts. 577, 2503 y 2513.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2506.—La L. 1, Tit. 28, Part. 3ª, define el dominio ó la propiedad: *Poder que ome ha en su cosa de facer de ella ó en ella lo que quisiere, segun Dios é segun fuero*; pero otra Ley dice: *Maguer el ome haya poder de facer en lo suyo lo que quisiere, pero débelo facer de manera que non faga daño ni tuerto á otro.*—L. 13, Tit. 32, Part. 3ª.—El Cód. Francés, art. 544, define la propiedad diciendo que: «la propiedad es el derecho de gozar y de disponer de las cosas de la manera más absoluta». Este artículo, en lugar de dar una verdadera definición, hace más bien por una enumeración de los principales atributos de la propiedad, una descripción de ese derecho. Los Romanos hacían una definición empírica de la propiedad, *jus utendi et abutendi*, definición que no tiene relación sino con los efectos y no con las causas, ni con los orígenes, porque ellos debían ocultar los orígenes de sus propiedades.

La propiedad debía definirse mejor en sus relaciones económicas: el derecho de gozar del fruto de su trabajo, el derecho de trabajar y de ejercer sus facultades como cada uno lo encuentre mejor. Para la legislación aceptamos la definición de los juristas Aubry y Rau, § 190.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—*Aplicación del art. 2506.*—La revocación de la donación, por ingratitud es personal contra el donatario; deducida como terceria en la ejecución seguida por un acreedor hipotecario, es improcedente.—Jur. Civ., II, 82, S6r. 2ª.



No sería posible determinar las facultades que nacen del derecho de propiedad, porque cada manifestación externa de la voluntad del propietario, con relación á la cosa, es una nueva facultad; así puede disponer no sólo materialmente para cualquier destino, sino realizar con ocasión de ella, todos los actos jurídicos de que sea susceptible.

La propiedad, por su naturaleza íntima, se nos aparece como un derecho absoluto; pero como las cosas, lo mismo que los individuos, se encuentran en contacto con otras cosas ó *personas*, tienen que reconocer limitaciones necesarias al orden social ó al interés público. Respecto de las personas, las facultades que nacen de la propiedad reconocen esta restricción necesaria: no se puede dañar ni el derecho, ni la propiedad de otro.

La propiedad que lleva consigo como elementos principales el uso ó goce de la cosa, no puede aplicarse en su genuino sentido sino á las cosas materiales que son susceptibles de apropiación, y sólo por un error de concepto se puede decir, que hay propiedad respecto de las incorporeales. Se aplica impropriamente la palabra, cuando se dice *propiedad literaria*, que no es otra cosa que un privilegio concedido por la ley, para prohibir á los demás la no imitación de ciertos trabajos de la inteligencia. La ley no garante en este caso, como en las cosas materiales, un poder sobre una cosa determinada individualmente, sino que prohíbe á los demás el hacer ciertos trabajos en la forma, ó como otros los han realizado.

La propiedad, ya se refiera á las cosas muebles, ya á las inmuebles, tiene los mismos caracteres, aunque la ley por consideraciones especiales, ha tratado de rodear de mayores garantías la propiedad inmueble. Como en las cosas muebles la propiedad es menos cierta y más inestable, no goza de la misma protección, y por eso el propietario no puede reivindicarla de los terceros poseedores sino en caso de robo ó pérdida.

Aunque muchos autores sostienen que basta cualquier desmembración de la propiedad para que ésta deje de existir, porque la consideran como un derecho ilimitado; nuestro Código separándose de esta doctrina, la ha dividido diciendo: *el dominio se llama pleno ó perfecto, cuando es perpetuo, y la cosa no está gra-*

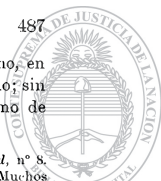


vada con ningún derecho real hacia otras personas (art. 2507, 1ª parte), sin que esto comprenda las limitaciones ó restricciones al dominio impuesto por la ley, y que en nada afectarán á la plenitud de la propiedad. Se llama (dominio) menos pleno ó imperfecto, cuando debe resolverse al fin de un cierto tiempo, ó al advenimiento de una condición, ó si la cosa que forma su objeto es un inmueble, gravado respecto de terceros con un derecho real, como servidumbre, usufructo, etc. (art. 2507, 2ª parte).

Aunque la propiedad se adquiere en toda su plenitud momen-

(Art. 2507.) Nuestro artículo decide la cuestión tan controvertida entre los jurisconsultos, sobre si se puede llamar propietario á aquel que ha enajenado válidamente una parte de sus facultades de utilización ó de goce sobre una cosa. Roguin considera absurdo llamarle propietario, desde que se ha despojado de alguno de los derechos inherentes á la propiedad, porque la toma como un derecho ilimitado sobre la cosa. Laurent considera que la propiedad resoluble no se puede considerar como tal propiedad, porque si el derecho se resuelve, se reputa como si jamás hubiera existido, habiendo permanecido propietario el que la enajenó. Si bien la doctrina del artículo puede ser criticable ante los principios del derecho puro, la consideramos plenamente justificada en la aplicación. Se llama propiedad plena y perfecta, cuando es perpetua y no recibe otra limitación que de la naturaleza de la cosa ó de la ley; es imperfecta cuando le falta alguna de las facultades que le son inherentes, ó cuando ha experimentado una desmembración, ejerciendo otro alguno de sus derechos, ó limitando los del propietario. Así es imperfecta, cuando debe resolverse al fin de cierto tiempo, ó cuando reconoce ciertos derechos reales.

El que tiene un derecho resoluble no puede llamarse propietario, en la verdadera acepción, porque no puede destruir la cosa, ni deteriorarla, ni enajenarla, sino con la condición á que está sujeto su derecho. Sin embargo, el que la hubiese adquirido de buena fe, creyendo que el enajenante era el verdadero y único propietario, puede prescribirla por 10 años entre presentes y 20 entre ausentes. Aunque ordinariamente los derechos reales importan una desmembración del derecho de propiedad, sólo se constituyen sobre inmuebles, hay casos excepcionales como el de prenda, por ejemplo, en que se establecen sobre los muebles. — Comp. POTHIER, *Propiedad*, nos 8 á 11. ROGUIN, *La règle du droit*, n° 147. PLOUDBON *Domaine privé*, n° 13. ZACHARIE, § 274, y MAYNZ, § 180, n° 2.— Véanse arts. 2339 á 2350, 2510, 2523 y 2661.



táneamente, como sucede cuando debe resolverse el derecho, en que el propietario obra sobre la cosa como verdadero dueño; sin embargo, tiene la limitación impuesta por el contrato mismo de

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2507.—Pothier, *De la propiedad*, n° 8. —Proudhon, *Dominio privado*, n° 13. —Cód. de Luisiana, art. 482. — Muchos autores dividen la propiedad, en propiedad soberana del Estado y en propiedad del derecho civil, en otros términos, en dominio eminente y dominio civil. La Nación tiene el derecho de reglamentar las condiciones y las cargas públicas de la propiedad privada. El ser colectivo que se llama el Estado, tiene, respecto á los bienes que están en el territorio, un poder, un derecho superior de legislación, de jurisdicción y de contribución, que aplicado á los inmuebles, no es otra cosa que una parte de la soberanía territorial interior. Á este derecho del Estado, que no es un verdadero derecho de propiedad ó dominio, corresponde sólo el deber de los propietarios de someter sus derechos á las restricciones necesarias al interés general y de contribuir á los gastos necesarios á la existencia, ó al mayor bien del Estado. Véase Zachariæ, § 274.

Hay otro dominio que se llama *dominio internacional*. Todo lo que antes hemos dicho de los derechos absolutos y de los derechos reales, es exactamente aplicable al dominio internacional, ó propiedad de Estado á Estado. No consiste en una relación especial de acreedor y de deudor, entre una nación y otra, sino en una obligación general de todas las naciones, obligación pasiva, como toda la que es relativa á los derechos reales, obligación de inercia, de respetar la acción de cada pueblo sobre su territorio, no turbarla, ni imponerle obstáculo alguno. La nación considerada en su conjunto, tiene respecto á las otras naciones los derechos de un propietario. El pueblo considerado como poder soberano, tiene sobre su territorio una acción aun más alta, el ejercicio de un derecho de imperio, de legislación, de mando y de administración, en una palabra, un derecho de soberanía en toda la extensión del territorio. Se puede decir entonces, que el dominio internacional es el derecho que pertenece á una nación, de usar, de percibir sus productos, de disponer de su territorio con exclusión de las otras naciones, de mandar en él como poder soberano, independiente de todo poder exterior: derecho que crea, para los otros Estados, la obligación correlativa de no oponer obstáculo al empleo que haga la nación propietaria de su territorio, y de no arrogarse ningún derecho de mando sobre este mismo territorio.

Los civilistas han creado otro dominio que llaman *dominio natural*, fundados en la L. 30, Cód., *De jure dotium*. Justiniano declara en ella que aunque los bienes dotalos de la mujer pasen al dominio del marido, puede ella en caso necesario reivindicarlos *cum eadem res, dice, et ab initio uoris fuerint, et naturaliter in ejus permanserint dominio*. La expresión *ciuidicar* y *naturaliter* habian creado este dominio natural. Pero obsérvese que Justiniano habla sólo del caso en que los bienes se hallasen en poder del marido, es decir, que la mujer no podía reivindicarlos si hubiesen pasado á otro poder, lo que demuestra que no es en virtud de un derecho de propiedad que ella puede volver á tomar sus bienes dotalos, pues que entonces podría también reivindicarlos de todo otro poseedor, sino en virtud de un derecho de obligación extremadamente privilegiado. Véase á Maynz, § 180, n° 2.



que no puede disponer sino bajo la misma condición de su adquisición; no hay verdadera propiedad en el derecho revocable.

§ 707. — CARACTERES PARTICULARES DE LA PROPIEDAD

Uno de los caracteres particulares de la propiedad es que no puede ser ejercida sobre una cosa, abrazándola en su totalidad, sino por una sola persona; pues desde el momento en que otro participa del mismo derecho, se considera idealmente dividida. Por eso se dice con razón: *el dominio es exclusivo. Dos personas no pueden tener cada una en el todo el dominio de una cosa; mas pueden ser propietarias en común de la misma cosa, por la parte que cada una pueda tener (art. 2508).*

(**Art. 2508.**) La propiedad plena reúne en sí todos los derechos, y se puede decir que es el más extenso dado por la ley sobre una categoría de cosas, ó la suma de todos los derechos de que es susceptible, ó que se pueden ejercitar sobre ella. Por esa razón la perpetuidad es uno de los caracteres más originales. Nuestro Código comprende sólo la propiedad de las cosas materiales, y ha dejado para las leyes especiales la propiedad literaria, que es un verdadero privilegio y no propiedad. La propiedad es exclusiva, entendiéndose por tal el que sólo una persona puede ser dueña en el todo de una cosa, pues no se concibe que dos ó más puedan ser propietarias cada una por el todo, sin que venga al espíritu la idea de co-propiedad ó comunidad. Celso decía: *duorum in solidum dominium esse non potest*, está, pues, en la naturaleza de la cosa, la imposibilidad: el uno tiene que dejar de ser propietario para que el otro lo sea, ó si existen, ambos se limitan en su derecho. — Comp. POTHIER, *Propiedad*, n° 16. ZACHARIÆ, § 276, l. 5, § 13, tit. 6, lib. 13, Dig.—Véanse arts. 2401, 2456 y 2523.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2508.—L. 5, § 15, tit. 6, lib. 13, Dig. Esta es una de las diferencias entre el derecho real y el personal. Muchas personas pueden ser, cada una por el todo, acreedoras de una misma cosa, sea por una misma obligación, cuando ha sido contratada para con muchos acreedores solidarios, sea por diferentes obligaciones de un mismo deudor ó de diferentes deudores. La razón es, porque es imposible que lo que me pertenece en el todo, pertenezca al mismo tiempo á otro; pero nada impide que la misma cosa que me es debida, sea también debida á otro. Pothier, *De la propiedad*, n° 16.

Decimos que el derecho de propiedad es exclusivo. El propietario puede impedir á cualquiera disponer de la cosa que le pertenece; pero la manifesta-



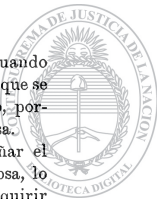
El carácter indicado marca la diferencia fundamental entre el derecho *real* y el *personal*; porque así como es imposible que una cosa en el todo, pueda ser al mismo tiempo de dos ó más personas, pues como dice Pothier, la palabra propia y común son contradictorias; cuando otro es propietario como yo en la misma cosa, es porque ésta es común, y entonces no es mía propia en su totalidad; pero no hay inconveniente en que varias personas puedan ser acreedores por el total de la misma cosa, sea debida por la misma obligación, como sucede con los acreedores solidarios, sea por diversas obligaciones.

Otro de los caracteres de la propiedad, es que una vez adquirida en su totalidad no es susceptible de una nueva adquisición, porque la primera ha agotado todos los elementos, así: *el que una vez ha adquirido la propiedad de una cosa por un título, no puede en adelante adquirirla por otro, sino es por lo que faltase al título por el cual la había adquirido (art. 2509)*, sin que esto importe

(Art. 2509.) Es una regla del derecho romano, que una cosa puede ser debida en virtud de diversas obligaciones, pero no pertenecemos por diferentes títulos, como lo expresa la l. 159, tit. 17, lib. 50, Dig., en el sentido de que cada título abraza la totalidad de la propiedad, porque no se puede adquirir dos veces la misma cosa. La regla no se opone á que se adquieran los derechos en que la propiedad estuviera fraccionada, como si ha comprado la nuda propiedad y comprase el usufructo; lo mismo sucedería si el inmueble estuviera sujeto á una servidumbre y el propietario la adquiriese libertándolo. Este carácter de la propiedad hace que se le distinga del derecho de acreencia, que puede existir sobre la mis-

ción de este poder puede ser modificada de diferentes maneras. Es posible desmembrar ciertas manifestaciones y erigirlas en derechos separados, los cuales, llamados *jura in re*, nos dan el poder de disponer de una manera más ó menos extensa de la cosa de otro, como cuando tenemos el uso ó el usufructo de la cosa ajena. Pero estas desmembraciones no hacen partícipe al que las obtiene de la propiedad de la cosa, ni el propietario es privado por ellas de disponer de su propiedad.

Cuando establecemos que el dominio es exclusivo, es con la reserva que no existe con este carácter, sino en los límites y bajo las condiciones determinadas por la ley, por una consideración esencial á la sociedad: el predominio, para el mayor bien de todos y de cada uno, del interés general y colectivo, sobre el interés individual.



negar que se pueda adquirir nuevamente la propiedad, cuando hubiere dudas sobre los derechos del primer enajenante, en que se puede comprar nuevamente al que se cree verdadero dueño, porque se reputa que la primera enajenación ha sido defectuosa.

Volver á adquirir la propiedad, importaría desempeñar el papel de enajenante y adquirente á la vez, de la misma cosa, lo que es imposible; pero no habría dificultad alguna en adquirir los derechos que hubieran estado desmembrados de la propiedad.

Adquirir la propiedad por un título, significa, pues, según el lenguaje del derecho, ser dueño de la cosa sin más limitación que las impuestas por la ley; pero no importa decir que la misma cosa no pueda ser debida por varios títulos, pues nada impide el que lo sea por compra, donación ó legado.

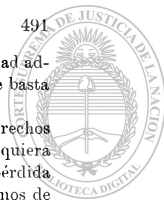
Otro de los caracteres de la propiedad es la perpetuidad, porque no se concibe que el derecho absoluto de disponer de una cosa pueda estar limitado por el tiempo, pues si debiera concluir en una época determinada para restituir la cosa, no habría verdadera translación de la propiedad; por eso la ley establece que, *el dominio es perpetuo, y subsiste independiente del ejercicio que se*

ma cosa debida á diversas personas. — Comp. DEMOLOMBE, IX, n° 552. POTHIER, *Propiedad*, n° 18.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2509. — Siendo la propiedad la reunión de todos los derechos posibles sobre una cosa, un derecho completo, ninguna cosa nueva de adquisición puede agregársele cuando él existe en su plenitud y perfección. L. 159, Dig., *De regulis juris*, L. 3, § 4, Dig., *De adq. poss.* — Cód. de Luisiana, art. 487. — Pothier, *De la propiedad*, n° 18. Pero no hay impedimento para que una cosa que es debida á alguien por un título, no pueda serle debida en adelante por otro título, como cuando la cosa ha sido vendida, y en seguida la misma cosa ha sido legada á la misma persona por el propietario de ella.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2509. — Conseguida la simulación de un instrumento público que confería propiedad sobre bienes muebles, aquel á quien en su virtud le hubiese sido arrebatada, puede reivindicarla probando la posesión en que estaba antes de la fecha del contrato simulado. — Jur. Com., III, 44, Sér. 1ª.

Si la acción de petición de herencia es general y el resultado de un contrato, la compra, por el que se pretende heredero, de alguno de los bienes que la forman, no importa una confusión entre sus derechos y los del detentador, ni por consiguiente una revocación tácita del mandato. — Jur. Civ., IV, 340, Sér. 2ª.



pueda hacer de él (art. 2510, 1ª parte), porque la propiedad adquirida no necesita de actos materiales para mantenerla, le basta el ánimo y la posesión tomada por el primer acto.

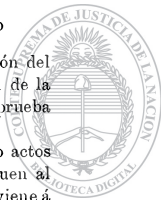
Comprendiendo la propiedad la suma de todos los derechos que se pueden ejercitar sobre una cosa, la pérdida de cualquiera de ellos no puede llevar consigo la de la totalidad; así, la pérdida de la posesión no lleva consigo la de la propiedad, á menos de haber dejado transcurrir el término para la prescripción.

El propietario no amengua su derecho por su inacción ó el aparente abandono de la cosa; así, *el propietario no deja de serlo, aunque no ejerza ningún acto de propiedad, aunque esté en la imposibilidad de hacerlo, y aun que un tercero los ejerza con voluntad ó contra ella, á no ser que deje poseer la cosa por otro, durante el tiempo requerido para que éste pueda adquirir la propiedad por la prescripción (art. 2510, 2ª parte)*, á diferencia de la posesión, que se pierde por el hecho de tomar la cosa con ánimo de poseerla para sí. La propiedad se conserva siempre, hasta que un acto translativo no haya venido á pasarla á otro. La única excep-

(**Art. 2510.**) La perpetuidad es de la esencia de la propiedad, porque reuniendo ésta la suma de todos los derechos que se pueden ejercer sobre una cosa, no se comprendería que estuviera limitada por el tiempo. No hay, pues, propiedad sin perpetuidad. A diferencia de la posesión, que se pierde por el hecho de tomar otro la cosa para sí, la propiedad se conserva hasta que no haya un acto de transmisión. El propietario se conserva siempre como tal, aunque otro tenga la cosa como suya; la única limitación á este derecho es la prescripción. Si el propietario se encontrase imposibilitado de ejercer actos de propiedad, sea que provengan de la cosa misma, sea de la persona, la propiedad se conserva: se exceptúa el caso de los animales salvajes, que recobran su libertad y cuya propiedad se pierde. — Comp. POTHIER, *Propiedad*, n° 277. DEMOLOMBE, IX, n° 546. AUBRY y RAU, § 191.—Véanse arts. 597, 2412, 2445, 2456, 2511, 2528, 2604 á 2610, 2758, 2765, 2767, 2776 á 2778, 2924 y 3999.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2510. — Cód. de Luisiana, art. 488.—L. 44, Dig., *De acq. rer. dom.*—Pothier, *De la propiedad*, n° 277.—Demolombe, tom. 9, n° 546.—Aubry y Rau, § 191.

Faltos de la S. C. N. — *Aplicación del art. 2510.*—El dominio se conserva aunque un tercero ó el fisco vendan la cosa sin derecho para ello.—XXIII, 582.



ción es la adquisición por la prescripción, en que la inacción del propietario viene á convertirse en una acción, en virtud de la ley que representa un abandono del derecho, sin admitir prueba en contra.

El tercero puede ejercer contra la voluntad del dueño actos de dominio sobre la cosa, sin que éstos en nada perjudiquen al propietario, que continuará siéndolo si la prescripción no viene á privarle de su derecho.

§ 708.—FACULTADES INHERENTES AL DERECHO DE PROPIEDAD

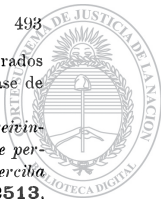
El propietario tiene derecho para servirse de la cosa que le pertenece, sin más limitación que no perjudicar los derechos de los terceros fundados en un derecho análogo al suyo. Así, puede usar de la cosa según su naturaleza, percibiendo sus frutos, rentas ó productos; tiene el derecho de caza y de pesca en su propio terreno, pero sujetándose á los reglamentos administrativos.

Si la propiedad tuviera minas, se debe estar á lo dispuesto en el Cód. de Minería que las divide en tres categorías: 1º, minas en que el suelo es un accesorio y que pertenecen al Estado, como las de oro, plata, platino, mercurio, etc. (art. 3, Cód. de Minería), que sólo pueden explotarse con permiso de la autoridad; 2º, en minas que por razón de su importancia, se conceden con preferencia al dueño del suelo, como la de arenas metalíferas, los boratos y salitres, etc. (art. 4); 3º, en minas que se destinan al aprovechamiento común, como los minerales de naturaleza petrea ó terrosa (art. 5).

El propietario puede utilizar en su exclusivo provecho las fuentes de aguas de cualquier naturaleza que existan en su terreno, sin perjuicio de la expropiación que el Estado pueda hacer, previa ley que las declare de utilidad pública.

Es inherente á la propiedad, el derecho de poseer la cosa, de disponer ó de servirse de ella, de usarla y gozarla según la voluntad del propietario. Él puede desnaturalizarla, degradarla ó destruirla (art. 2513, 1ª parte), y por consiguiente cambiar la cul-

(Art. 2513.) La propiedad confiere un derecho absoluto sobre la cosa; el dueño ejerce sobre ella una especie de despotismo que no tiene



tura de los inmuebles, convirtiendo las tierras arables en prados ó en viñas, hacer cortar los árboles y elevar cualquier clase de construcciones.

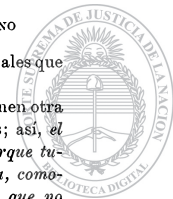
El propietario tiene además, *el derecho de accesión, de reivindicación, de constituir sobre la propiedad derechos reales; de percibir todos sus frutos, prohibir que otro se sirva de ella, ó perciba sus frutos y de disponer de ella por actos entre vivos (art. 2513, 2ª parte)*. Así puede establecer estanques, aprovechando las aguas

control. El propietario reúne en su mano estos tres elementos: *usus, fructus, abusos*, que forman un haz de derechos y completan la propiedad perfecta. El espíritu analítico de Freitas divide en tres grandes ramas los efectos particulares de la adquisición del dominio: 1º, el derecho exclusivo de poseer la cosa por sí ó por otro; 2º, el derecho exclusivo de disponer, usar ó gozar; 3º, el derecho exclusivo de accesión.

Se comprende en el derecho exclusivo de poseer la cosa, el de abandonarla, enajenarla, ceder el derecho de reivindicarla, constituir derechos reales, de transmitirla, sin derecho real de uso ó goce, de destruirla ó deteriorarla, de transformarla ó de dejarla por disposición de última voluntad. Comprende el derecho de usar y gozar de la cosa: el de servirse de ella, percibir todos sus frutos, prohibir que otro se sirva ó perciba los frutos, y si existiese turbación de uso ó goce, el derecho exclusivo de ceder la acción confesoria ó negatoria ó de ejercitarla. Y así debe comprenderse por nuestro Derecho.

Siendo absoluto el derecho de propiedad, el propietario es libre de cometer toda clase de excesos con la cosa que le pertenece, salvo la limitación de no herir las buenas costumbres, cuando se trata de los animales y de no perjudicar á terceros, cuando sean inmuebles; así no podrá incendiar su casa sin cometer un acto punible, cuando pone en peligro la seguridad de los demás. Los excesos que el propietario pueda ejercitar sobre su propiedad, no constituyen un modo regular y ordinario de su derecho, y se pueden considerar como excepciones en favor de lo absoluto de ella. La palabra *abuti* de los romanos, dice Demolombe, expresaba solamente la idea de la disposición, no la de la destrucción de la cosa.—Comp. FREITAS, arts. 4214 á 4216. DEMOLOMBE, IX, n° 543. ZACHARIE, § 277. AUBRY y RAU, §§ 190 y 191. POTHIER, *Propiedad* n° 5.—Véanse arts. 1620, 2506, 2514 á 2516, 2522, 2525, 2989 y 3119.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2513.—Pothier, *De la propiedad*, n° 5.—Demolombe, tom. 9, desde el n° 543.—Zacharia, § 277. Importa sin embargo,



de las fuentes que nazcan en su terreno ó las aguas pluviales que caigan ó que vinieran de los terrenos superiores.

Todas las facultades que se acaban de enumerar no tienen otra restricción que la de no atacar la propiedad de los demás; así, *el ejercicio de estas facultades no puede serle restringido porque tuviera por resultado privar á un tercero de alguna ventaja, comodidad ó placer, ó traerle algunos inconvenientes, con tal que no ataque su derecho de propiedad (art. 2514)*, y por consiguiente,

(**Art. 2514.**) El fundamento de este artículo se encuentra en el art. 1071: «de que el ejercicio de un derecho propio ó el cumplimiento de una obligación legal, no puede constituir como ilícito ningún acto», porque aquel que se limita al ejercicio de su derecho, no puede en realidad perjudicar el derecho de otro. No hay derecho contra derecho. Y las dificultades que han nacido á este respecto, provienen de haber considerado el perjuicio que puede sufrir el vecino, por la privación de ciertas ventajas, sin referirlas al derecho que pudiera tener para no ser pri-

— — —
 observar que los excesos en el ejercicio del dominio son en verdad la consecuencia inevitable del derecho absoluto de propiedad, pero no constituyen por sí mismos un modo del ejercicio de este derecho que las leyes reconocen y aprueban. La palabra *abuti* de los Romanos expresaba solamente la idea de la disposición y no de la destrucción de la cosa. *Expedit Itrepublica*, dice la Instituta, *ne sua re quis male utatur*. (§ 2, de *his qui sui, vel alien.*) Pero es preciso reconocer que siendo la propiedad absoluta, confiere el derecho de destruir la cosa. Toda restricción preventiva tendría más peligros que ventajas. Si el Gobierno se constituye juez del abuso, ha dicho un filósofo, no tardaría en constituirse juez del uso, y toda verdadera idea de propiedad y libertad sería perdida.

Fallos de la S. C. N. — Aplicación del art. 2513. — En las producciones literarias impresas, se reputa como principal el producto literario cuando tiene mayor importancia que el papel en que esté impreso.

El autor ó propietario de una obra literaria, tiene el derecho de percibir sus frutos y de prohibir que otro los perciba. — XXIX, 148.

La acción de división de condominio impugnada por el demandado que sostiene ser dueño único, es una acción reivindicatoria y no de deslinde, y su conocimiento corresponde á la Justicia Federal, si las partes son argentinas de distinta vecindad. — XLII, 148.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2513. — El propietario de un terreno puede hacer en él las obras que crea necesarias, y los propietarios de los fondos adyacentes carecen de derecho para reclamar daños y perjuicios por el menor precio que ellas hayan causado. — Jur. Civ., V, 304, Sécr. 3ª.



podrá hacer los trabajos necesarios para garantizarse contra la invasión de la corriente de las aguas, con tal que no cambie el lecho

vado de ellas: esas ventajas sólo existían por la falta de ejercicio del propietario vecino, no constituían un derecho á su goce, y su privación no debe considerarse como un perjuicio en el sentido estricto de esta palabra. La Ley Romana dice: cada uno puede hacer lo que quiera en su fundo, con tal que no haga pasar cosa alguna sobre el terreno del vecino, l. 8, § 5, lib. 8, Dig., y una corte de Bruselas aplicando este principio ha dicho: «el ejercicio del derecho de propiedad debe ser entendido de manera que sacando de su cosa toda la utilidad no prohibida, no se cause perjuicio al propietario vecino, introduciendo ó haciendo pasar á su propiedad cosas nocivas, que disminuya el valor ó modifique sensiblemente el ejercicio del derecho de propiedad.» Los únicos límites que reconoce este derecho son los impuestos por la ley ó por la convención. Así, yo puedo cavar un pozo en mi terreno, aunque por eso se corten las aguas que filtran en el fundo vecino, porque como dice Ulpiano en la l. 24, § 12, tit. 2, lib. 39, Dig.: «no hay lugar á creer que os haga ningún daño por el vicio de la construcción; desde que uso sobre mi terreno de un derecho que me pertenece», no debiéndose admitir por nuestro derecho la excepción que introdujo la l. 19, tit. 32, Part. 3ª, al copiar la ley romana y decir: «fuera ende si este que lo quisiese hacer, no hubiera menester, mas se moviese maliciosamente por hacer mal á otro»; porque nadie tiene derecho para investigar el móvil de una acción ejercida en uso de su propio derecho, y sería cambiar el criterio á que deben estar sujetas todas las acciones humanas fundadas en el ejercicio del derecho propio. La fórmula de nuestro artículo tomada de Aubry y Rau, de que no se debe tener en cuenta, la privación de la ventaja, comodidad ó placer, que no importe un ataque al derecho de propiedad, concilia todas las dificultades y adelanta á los demás códigos porque no puede haber acción de daños y perjuicios donde no hay derecho lesionado.—Comp. DEMOLOMBE, IX, n° 554. AUBRY y RAU, § 191, texto á la nota 11, POTHIER, *Propiedad*, n°s 4 y 13. LAURENT, VI, n°s 136 y sig.

Freitas, art. 4219, dice: se entienden prohibidos expresamente el ejercicio de los derechos de dominio: 1º, siempre que ofendan de cualquier modo el derecho ajeno; 2º, en los casos de restricción legal del dominio; 3º, habiendo servidumbres legalmente constituídas en contrario; 4º, habiendo restricción impuesta en contrario, por actos entre vivos. Y así debe entenderse por nuestro derecho.—Véanse arts. 911, 939, 1071, 2513, 2518, 2611, y 2620.



del río ó arroyo, aunque esta defensa cause perjuicio á los ribereños, salvo el derecho de éstos para hacer trabajos análogos.

El propietario tiene la facultad de ejecutar, respecto de la cosa, todos los actos jurídicos de que ella es legalmente susceptible; alquilarla ó arrendarla, y enajenarla á título oneroso ó gratuito, y si es inmueble gravarla con servidumbres ó hipotecas. Puede abdicar su propiedad abandonar la cosa simplemente sin transmitirla á otra persona (art. 2515). Esta enumeración se debe tomar como un ejemplo de los actos jurídicos de que es susceptible la cosa; pero no los agota, así puede darla en comodato, depósito, prenda, anticresis, etc.

La facultad de enajenar es una necesidad de orden público que interesa á la sociedad y no puede renunciarse por convención, ni imponerse por el donante ó testador, sino dentro de ciertos límites, por consiguiente no podrá constituir derechos enfitéuticos ó de superficie, ni hacer vinculaciones por más de cinco años, y los donantes ó testadores pueden prohibir la enajenación sólo por diez años.

(**Art. 2515.**) El presente artículo, como el 2516, habría podido reunirse, tal vez con ventaja, en el 2513, con la agregación de algunas palabras. Comprende todo lo que el propietario puede hacer en la cosa, y los casos que trae son algunos de los que puede ejecutar, sin agotarlos, como se dice en el texto. El artículo habla de abdicar la propiedad y de abandonar la cosa simplemente, formando dos casos, cuando es uno sólo, como lo trae el original de AUBRY y RAU, § 191, n° 2, y lo consigna FREITAS, art. 4215, n° 1.—Véanse arts. 2513, 2516, 2525 y 2526.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2514.—Demolombe, tom. 10, n° 27. — Zachariae, §§ 276 y 277, nota 3.—Duranton, tom. 4, n° 408 y siguientes.—Pardessus, *Servitudes*, tom. 1. n°s 80 y 81.—La ley Romana dice que puedo abrir un pozo en mi casa, aunque por eso se corten las aguas que filtran al fundo vecino, y le traiga el perjuicio de secar los pozos ó las fuentes de la propiedad contigua.—L. 24, § 12, Tit. 2, Lib. 39, Dig. La Ley de Partida copió la Ley Romana, con una notable adición: *fuera de ende*, dice, *si este que lo quisiese hacer, non lo hubiese menester, mas se moriese malisiosamente por facer mal á otro*. L. 19, Tit. 32, Part. 3ª, y véase L. 25 del mismo título.

La resolución del artículo no importa decir que el dueño de una finca pueda poner en ella establecimientos industriales que hagan desmerecer en sus valores y en sus alquileres los predios vecinos, como más adelante quedará establecido.



Como la propiedad no tiene más limitación que las nacidas de la ley ó de la convención, el propietario que no se encuentra ligado por contrato, debe tener en sí mismo todos los elementos de fuerza y de poder para conservarla; así, dice el **art. 2516**, 1ª parte: *el propietario tiene la facultad de excluir á terceros del uso ó goce ó disposición de la cosa, y de tomar á este respecto todas las medidas que encuentre conveniente*, rechazando con la fuerza cualquier turbación ó desposesión que se intentase. Este derecho no sólo se deriva de la propiedad, sino de la personalidad humana que se considerará atacada en una de sus manifestaciones más importantes.

El propietario *puede prohibir que en sus inmuebles se ponga cualquier cosa ajena; que se entre ó pase por ella* (**art. 2516**, 2ª parte), salvo la servidumbre legal ó convencional de pasaje que hubiera establecido; *puede encerrar sus heredades con paredes, fosos, ó cercos, sujetándose á los reglamentos policiales* (**art. 2516**, 3ª parte), siempre que no impida ó dificulte las servidumbres que reconociera el inmueble.

Poniéndose alguna cosa en terreno ó predio ajeno, el dueño de éste tiene derecho para removerla sin previo aviso, si no hubiese prestado su consentimiento (**art. 2517**, 1ª parte). Cuando lo hubiere

(**Art. 2516.**) Cada uno de los derechos concedidos por este artículo sólo encuentran su limitación en la ley ó en la convención. Cuando para cualquier obra el vecino necesitara poner andamios, el dueño no podrá impedirlo, salvo su derecho para demandar indemnización; no podrá prohibir la caza, si su terreno no estuviera cercado, ni que se busque el tesoro que se hubiere ocultado en su predio designando el lugar donde se encuentra, ni prohibir al dueño del predio encerrado, la salida á la vía pública, pagando la servidumbre de tránsito, ni que pasen los obreros tratándose de construcción ó reparación del fundo vecino, así como las demás limitaciones de que se habla en el tit. 6 de este libro.

Donde dice reglamentos policiales, debe leerse municipales.—Comp. AUBRY y RAU, § 191; n° 3. FREITAS, art. 4216 y 4222.—Véanse artículos 2470, 2513, 2517, 2542, 2553, 2627, 3068 y 3077.

(**Art. 2517.**) Este artículo es tomado de Freitas, art. 4223, y comprende los tres casos indicados en el texto; el 1º, se funda en el derecho que tiene el propietario para hacer cesar el permiso á su voluntad, con



prestado debe distinguirse: 1º, si lo prestó por tiempo indeterminado y á su arbitrio, debe dar aviso para que las saque; 2º, *si hubiese prestado consentimiento para un fin determinado, no tendrá derecho para removerla antes de llenado el fin* (art. 2517, 2ª parte); si lo prestó en virtud de contrato debe cumplirlo en todas sus partes.

Cuando se ha prestado la cosa para un fin determinado, puede suceder que no se llene éste por causa del que recibe el servicio, como si fueran materiales de construcción depositados en el terreno vecino para una obra y ésta no se construyera ó se paralizara, entonces puede hacerle señalar un plazo prudencial para desocuparlo.

Las facultades que nacen de la propiedad son de tal naturaleza que no se alteran, ni se pierden por el no uso, y sólo pueden prescribirse indirectamente, adquiriendo un derecho contrario, con excepción de los casos en que se necesite un título y no se admite la prescripción, como en las servidumbres discontinuas, art. 3017.

§ 709. — EXTENSIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN CUANTO Á LAS COSAS

En los derechos de que vamos á ocuparnos, no entra el de *accesión*, de que nuestro Código trata en otro lugar; pero sí de los derechos *accesorios* de la propiedad, que comprenden los frutos y productos; así como de la extensión que lleva en sí la propiedad.

La propiedad del suelo se extiende á toda su profundidad, y al espacio aéreo sobre el suelo, en líneas perpendiculares. Comprende todos los objetos que se encuentran bajo el suelo, como los tesoros y las minas, salvo las modificaciones dispuestas por las

sólo avisar que su consentimiento ha cesado; el 2º, es una promesa que debe cumplirse del modo que las partes entendieron que debería hacerse, y en caso de culpa ó negligencia del que tiene el permiso, el juez á instancia del propietario puede señalar un plazo prudencial para que se cumpla; 3º, cuando hubiere un plazo y fuera el resultado de una estipulación bilateral, como el contrato es la ley de las partes, debe cumplirse estrictamente lo convenido. — FREITAS, l. c. — Véanse arts. 1197, 2498, 2516 y 2585.



leyes especiales sobre ambos objetos. El propietario es dueño exclusivo del espacio aéreo, puede extender en él sus construcciones, aunque quiten al vecino la luz, las vistas u otras ventajas, y puede también demandar la demolición de las obras del vecino, que á cualquier altura avancen sobre ese espacio (art. 2518), sujetándose en todo á los reglamentos municipales sobre ornato é higiene.

Tratándose del suelo mismo, la propiedad se extiende á toda la profundidad dentro de las líneas que le limitan. Con relación á tesoros, se atenderá á lo dispuesto en los arts. 2550 á 2566; así como la propiedad de las minas á lo dispuesto en el Cód. de Mi-

(Art. 2518.) El espacio aéreo cae bajo las ordenanzas municipales, que pueden limitar la altura de los edificios á fin de no privar de aire y de luz á las propiedades vecinas. ¿Hasta dónde pueden ir esas ordenanzas? Es evidente que serían inconstitucionales si privaran al propietario de uno de sus más fundamentales derechos, como es el de edificación, y se pueden controvertir, ante la justicia federal, la extensión de esas facultades, cuando sin necesidades de higieno y seguridad, se hicieran prohibiciones perjudiciales á los derechos del propietario. La propiedad del suelo en su profundidad se encuentra limitada cuando hubiera minas, porque las de oro, plata, cobre, etc., pertenecen á la nación que las concede para su explotación; en ese caso el suelo es considerado como un accesorio y las materias que contiene como principal. Las minas de boratos, salitres, arenas metalíferas, se conceden con preferencia al propietario, así como las de aprovechamiento común, por ejemplo, las de naturaleza pétreo á terrosa, arts. 2 á 5, Cód. de Minería.

Las ventajas que los propietarios vecinos tuvieran, y de que fueran privados por las construcciones, no darán derecho á indemnización alguna desde que gozaban de ellas, no por derecho propio, sino por inacción del propietario. Cuando el propietario vecino construyera obras que avanzaran en el espacio aéreo sobre la línea perpendicular del terreno vecino, el dueño de éste puede impedir se continúen, deduciendo el interdicto de turbación ó la acción que le compete.—Comp. *ARBRY* y *RAU*, § 192, n° 1.

Froitas, art. 4227, n° 2, siguiendo á la ley romana dice: «en cualquier profundidad perpendicular, aunque corte ó disminuya vías de agua que broten en terreno inferior, ó alimenten fuente ó pozo de otro» y así debe entenderse por nuestro derecho.— Véanse arts. 939, 1071, 2342, n° 2, 2498, 2499, 2513, 2514, 2550 á 2566, 2617, 2658 y 2659.



nería. Esta propiedad es más enérgica, porque confiere al dueño del suelo el derecho de cortar las raíces de los árboles que entran en su terreno.

La ley crea una presunción en favor del propietario, con relación á lo que existiese en el terreno, y está eximido de dar prueba alguna; así, *todas las construcciones, plantaciones y obras existentes en la superficie ó en el interior de un terreno, se presumen hechas por el propietario del terreno y que á él le pertenecen, si no se probare lo contrario* (art. 2519, 1ª parte). Como se trata de la prueba de un hecho puro y simple, no puede estar sometida á la forma de los contratos, y se debe demostrar como los demás hechos, de modo que esa *prueba puede ser dada por testigos, cualquiera que sea el valor de los trabajos* (art. 2519, 2ª parte).

(Art. 2519.) Dos presunciones nacen de este artículo: 1º, que las obras existentes se presumen hechas por el propietario del terreno; 2º, que esas obras le pertenecen. La primera se funda en la máxima *omne quo solo in edificatur, solo cedid*; y porque lo edificado sobre el suelo, encontrándose adherido con un carácter de perpetuidad, viene á ser inmueble por accesión. La presunción de que las obras hechas sobre el terreno pertenecen al propietario, no se establece en el sentido de que no sea dueño de ellas y que alguien haya podido adquirir su propiedad sin el terreno, sino que han sido pagadas ó costeadas por él; así la prueba en contra que se admite, no es para demostrar la propiedad del que las ejecutó, que no pudo adquirir, sino para el pago del valor de ellas. Si se probase que las obras habían sido hechas y pagadas por un tercero, el dueño del terreno estaría obligado á pagarla, reglándose sus relaciones de derecho por los arts. 2587 á 2593; pero no sería propietario de esas obras, á menos de haberlas adquirido por prescripción. La prueba en contra se dará para destruir la presunción de que las obras fueron hechas por el propietario y comprende dos puntos: 1º, que el propietario del terreno no haya hecho las obras; 2º, que las hizo á su costa un tercero. El primer extremo, podría demostrarse sin que adquiriera derecho alguno, si las ejecutó como mandatario; sin embargo, cuando se trata de obras hechas por un poseedor de buena ó mala fe, la prueba de que las ordenó lleva la presunción de haberlas pagado. En cuanto á la prueba de los hechos, el artículo dice: puede ser dada por testigos, pero no excluye las presunciones, aunque no hubiese principio de prueba por escrito, y se puede decir que se admite toda clase de prueba. — Comp. AUBRY y RAU,



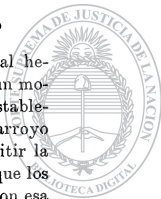
El propietario de un inmueble se presume legalmente dueño de todo lo que viene á constituir una parte de él, por consiguiente, *la propiedad de una cosa comprende simultáneamente la de los accesorios que se encuentran en ella, natural ó artificialmente unidos* (art. 2520); así, el propietario de un lago ó laguna se presu-

§ 192, texto y nota 4. DEMOLOMBE, IX, n.º 697 *bis*. MARCADÉ al art. 553. ZACHARIÆ, § 297, letra *b*.— Véanse arts. 2331, 2403, 2405, 2520, 2718, 2719, 2745 y 3011.

(Art. 2520.) Nuestro artículo, tomado de Aubry y Rau, § 192, texto n.º 2, ha hecho alteraciones en su traducción que no aventajan en claridad al modelo; dicen estos autores: «la propiedad de una cosa comprende *virtualmente* la de los accesorios que se encuentran en ella, natural ó artificialmente unidos, *y que forman dependencias necesarias*», habiendo cambiado la palabra virtual que es más propia por la de simultánea y suprimido las últimas frases que precisan el sentido de la disposición. La palabra *accesorio* comprende el derecho á las accesiones propiamente dichas y á los accesorios de la cosa adheridas á ella. Para que exista la presunción favorable al propietario, basta que las cosas estén adheridas á ella natural ó artificialmente. Un canal artificial que alimente una usina, se considera como accesorio de ésta, y será necesario demostrar que no corresponde al propietario, Pardessus, *Servidumbre*, I, 3, sostiene que es sólo una presunción de hecho. Rechazamos como contraria al artículo la opinión de Duranton, V, n.º 240, y Demolombe, IX, n.º 129, que sólo admiten una servidumbre de acueducto, para esto sería necesario demostrarlo, porque el propietario debe estar protegido por la presunción legal de que siendo dueño de la cosa, lo es también de los accesorios que la completan. La presunción de este artículo no se altera, cualquiera que sea el poseedor de la cosa, pues si es locatario, usufructuario, etc., deberán demostrar que ellos hicieron las obras que se consideran como accesorios del inmueble, teniéndose presente lo dispuesto especialmente en cada una de esas partes. — Comp. AUBRY y RAU, l. c. MERLIN, *Rep.* 1.º. BIENES, I. ZACHARIÆ, § 274. — Véanse arts. 1426, 2328, 2331, 2403, 2405, 2519, 2521, 2571, 3762 y 3763.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2519. — Cód. Francés, art. 553. y sobre él, Marcadé:—Italiano, art. 448.—Demolombe, tom. 9, n.º 697 *bis*.—Aubry y Rau, § 192. — Zachariæ, § 297. — Porque en el caso de la prueba no se trata de un hecho jurídico, sino de un hecho puro y simple, al cual no se aplica lo dispuesto sobre la prueba de los actos jurídicos.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2520. — Zachariæ, § 274.



me dueño del terreno que cubre las aguas, como el canal hecho por la mano del hombre, que sirve para alimentar un molino ó establecimiento fabril, se reputa del dueño del establecimiento, pero no se admite la presunción, si fuera un arroyo natural. La presunción puede aún extenderse hasta admitir la propiedad del terreno comprendido entre la distancia en que los árboles están colocados, de la propiedad vecina, y el límite con esa propiedad, como en el caso del art. 2628.

Por el contrario, la ocupación del espacio aéreo no crea presunción alguna sobre la propiedad del terreno que venga á quedar comprendido entre las líneas perpendiculares; así, el propietario de una casa cuyo alero volado se extendiera sobre el terreno vecino, no tiene la presunción en su favor respecto del espacio que comprenda el alero; por consiguiente, *la propiedad de obras establecidas en el espacio aéreo, que se encuentran sobre el terreno, no causa la presunción de la propiedad del terreno; ni la propiedad de obras bajo el suelo, como una cantera, bodega, etc., tampoco crea en favor del propietario de ellas una presunción de la propiedad del suelo (art. 2521).*

(**Art. 2521.**) La presunción de derecho establecida en favor del propietario del terreno, para considerar como propias las obras hechas en él ó como accesorias, no tienen lugar respecto de la proposición contraria. En efecto, si la propiedad del terreno supone la del espacio aéreo comprendido en líneas perpendiculares, la propiedad de las obras establecidas en ese espacio que se encuentra por encima del terreno, no pueden hacer suponer la propiedad de éstos, porque la propiedad de lo accesorio no hace suponer la de lo principal. Así, la propiedad de un edificio hecho sobre el propio terreno, cuyo alero pasara la línea perpendicular del terreno vecino, no haría suponer la propiedad de lo comprendido entre el alero y la pared; y como dicen Aubry y Rau, § 192, n° 2, no se admitiría en su favor sino una simple presunción de hecho susceptible de ser combatida por otras presunciones de la misma naturaleza, y con mayor razón por una posesión anual ó treintenaria. Debe suponerse en efecto, que el propietario del edificio se ha conformado á la disposición del art. 2630, haciendo caer las aguas sobre su propio terreno.

Se ha creído encontrar un error en la redacción del artículo cuando dice: «la propiedad de las obras establecidas en el espacio aéreo, que se encuentran sobre el terreno» refiriéndose á las obras y no al terreno que



La presunción legal se aplicará igualmente á los caminos que se encontrasen circunscriptos al interior de la propiedad, y se considerarán como parte integrante de ella; y también tratándose de los que atraviesen el campo, y sirvan de comunicación á los vecinos.

La propiedad de una cosa comprende virtualmente la de los objetos, que es susceptible de producir, sea espontáneamente, sea con la ayuda del trabajo del hombre (art. 2522, 1ª parte), sin

ellas ocupan, como lo traen Aubry y Rau, § 192; pero no tiene importancia en mi opinión, porque el pensamiento está bien claro: las obras construídas en el espacio aéreo, que avancen sobre el terreno vecino, no establecen presunción sobre la propiedad del suelo cuyo espacio comprendan.

No se debe hacer distinción entre los trabajos bajo del suelo y los del espacio aéreo, como algunos creen. Según el artículo, la propiedad de una bodega que comprenda más del terreno, tampoco crea la presunción de propiedad del espacio que ocupa; pero el dueño de la bodega ó sótano que la ha poseído pacífica y públicamente durante un tiempo dado, puede adquirirlo por prescripción.

El artículo no puede aplicarse á la constitución de derechos reales, habla únicamente de la presunción de la propiedad, sobre las obras construídas en el espacio aéreo ó bajo del suelo. El que ha construído un balcón sobre la línea perpendicular de su terreno, para evitarse dificultades, debe hacer constar contradictoriamente por título, con su vecino, la propiedad del espacio dejado.

Nuestro artículo ha decidido la controversia suscitada en derecho francés, sosteniendo unos que hay una presunción legal en favor del dueño del edificio, y los otros que es una simple presunción que puede ser combatida por toda clase de prueba y especialmente por la posesión del vecino, cuya opinión ha aceptado el Código como más conforme á los principios. — Comp. DEMOLOMBE, XII, n° 593. AUBRY y RAU, l. c. ZACHARIÆ, § 277, nota 3.— Véanse arts. 2518 y 2519.

(**Art. 2522.**) Los frutos y los productos forman parte integrante de la misma cosa, componen un todo homogéneo con ella y no se puede decir con propiedad que se adquieren por accesión, como lo han considerado algunos jurisconsultos franceses siguiendo el art. 546, Código

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2521. — Zachariæ, § 277, nota 3. — Aubry y Rau, § 1:2.— Véanse los arts. 546, 552 y siguientes del Cód. Francés.



perjuicio de lo dispuesto en los arts. 2329, 2424 y 2444, respecto de los productos de que no hubiere aprovechado. Con relación á los frutos los hará suyos siendo poseedor de buena fe.

La propiedad comprende también *los emolumentos pecuniarios que pueden obtenerse de ella, salvo el caso que un tercero tenga el derecho de gozar de la cosa, y la excepción relativa del poseedor de buena fe (art. 2522, 2ª parte).*

Francés, cuya crítica salva el nuestro en el art. 2520, y en el presente.

El artículo habla de los frutos y comprende también los productos, cuando la cosa se ha tomado en plena explotación, como si se hubiera comprado una cantera que el enajenante explotaba; lo que se desprende de la nota del doctor Velez-Sarsfield al art. 2444, cuando dice: «se deben restituir los productos obtenidos de minas ó canteras *que no estaban abiertas cuando entró en posesión*. La regla general es que todos los frutos ó emolumentos de la cosa pertenecen al propietario; la excepción tiene lugar cuando otro los toma porque tenga el goce ó uso de la cosa, como en el caso del usufructo legal de los padres, ó cuando así se hubiera establecido por convención especial, sin que sea suficiente para desvirtuarla, el decir, que esos frutos se toman á nombre del propietario; porque si por cualquiera causa no tiene derecho de percibirlos, la excepción se impone.

Rossi demuestra con argumentos incontestables, que los beneficios producidos por una fábrica, no son frutos de esa fábrica, sino productos del trabajo y de la industria del que la explota, así como del empleo de los capitales.

La excepción relativa al poseedor de buena fe consiste en que éste hace suyos los frutos percibidos durante ese tiempo, porque se le ha reputado dueño, y tampoco sería una excepción según los que critican la redacción del artículo, porque es á título de dueño que los ha percibido.

El artículo es tomado de Aubry y Rau, § 192, n° 3, suprimiendo esta parte que daba lugar á la crítica, *á título de accesión*; porque en realidad no la hay desde que forman un todo con la cosa mientras están unidos, y cuando se separan en vez de haber accesión, hay separación.—Comp. DEMOLOMBE, IX, n° 573. CÓD. FRANCÉS, art. 546. FREITAS, art. 4216, n° 2. CÓD. DE CHILE, arts. 646 y 648.—Véanse arts. 2328 á 2331, 2342 n° 2, 2423, 2444 y su nota, 2513, 2518, 2637 y 2807.



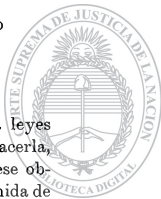
La propiedad puede producir frutos naturales que corresponderán siempre al poseedor de buena fe. Se entienden por frutos *naturales*, los que la cosa produce espontáneamente, de una manera ordinaria y periódica sin alterar su substancia; por *industriales*, los que sólo se producen mediante el trabajo ó industria del hombre; *productos*, son las cosas que se separan de la cosa y que disminuyen ó alteran su substancia. Frutos *civiles*, se llaman á las rentas periódicas que se pueden sacar de la cesión del uso ó goce de una cosa, como el interés del capital prestado, el alquiler de la casa, etc.

Las presunciones creadas por la ley en favor del propietario respecto de las construcciones y accesorios del inmueble se extienden á todos los derechos que forman el haz de los que componen la propiedad; así, *cualquiera que reclame un derecho sobre la cosa de otro, debe probar su pretensión, y hasta que no se dé esa prueba, el propietario tiene la presunción de que su derecho es exclusivo é ilimitado (art. 2523)*; es decir, la ley presume la plenitud de la propiedad. Cuando una persona pretende haber adquirido una servidumbre por prescripción; en caso de duda respecto de los actos permitidos el juez debe inclinarse del lado de la libertad del inmueble, y resolver que han sido actos de favor.

(**Art. 2523.**) Siendo la obligación una restricción á la libertad del individuo, el que quiere compeler á otro para que ejecute un acto cualquiera, debe demostrar la existencia de la obligación; del mismo modo, respecto á la disposición de la cosa, el que pretenda un derecho sobre ella debe demostrarlo, teniendo presente que los particulares no pueden crear derechos reales, y no tendrán valor si no están conformes con lo determinado en el Código. Zachariae, § 271, nota 3, dice: «se puede considerar á la propiedad como el derecho elevado á su más alta potencia» de donde se deduce que los principios del derecho de propiedad pueden ser igualmente aplicados á las otras materias. Freitas, art. 4073, dice con más claridad: «el dominio tiene en su favor la presunción de ser perfecto, hasta que no se pruebe lo contrario» y eso es lo que quiere decir nuestro artículo.—Véanse arts. 2505 á 2508, 2798, 2805, 3011 y 3044.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2523.—Zachariae, § 276.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2523.—Véase fallo al art. 2503.—Jur. Civ., V, 32, Sér. 2ª.



§ 710.—DE LA EXPROPIACIÓN Y SUS EFECTOS

El procedimiento para la expropiación está sujeto á leyes de procedimientos que determinan en general el modo de hacerla, y aun para casos especiales se dictan leyes expresas, con ese objeto, como ha sucedido en el caso de la apertura de la Avenida de Mayo; entonces debe regirse por la ley especial.

Hay una ley general dictada por la Nación y casi todas las Provincias tienen sus leyes especiales sobre expropiación. Pero el Código no puede hablar del procedimiento.

La Constitución Nacional, art. 17, declara inviolable la propiedad y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia, fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley, y previamente indemnizada, por consiguiente el pago debe proceder por punto general, á la desposesión, á no ser en caso de urgente necesidad.

La utilidad pública la determina la ley, pero no puede proceder de una manera arbitraria, porque no está en la facultad de los poderes públicos el apropiarse de lo ajeno, aun pagándolo, si no es por causa de evidente utilidad general: un camino, una calle, una plaza pública, un hospital y cosas semejantes pueden autorizar la expropiación; el interés público debe ser su objeto y el límite de la facultad del Congreso. No está, pues, en la mano de los poderes públicos el determinar á su voluntad, cuando debe considerarse el objeto de utilidad pública ó general y los Tribunales Federales, guardianes de la Constitución, pueden, á petición de parte interesada, declarar ó que el caso no es de utilidad pública ó limitar sus efectos á lo estrictamente necesario.

Nadie puede ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública, previa la desposesión y una justa indemnización. Se entiende por justa indemnización en este caso, no sólo el pago del valor real de la cosa, sino también del perjuicio directo que le venga de la privación de su propiedad (art. 2511).

(**Art. 2511.**) La ley especial de procedimientos de 1866 rigo hasta el presente, y ni en ella ni en parte alguna se consigna el principio de la que

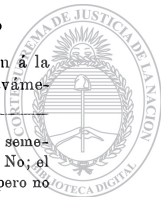


Las bases que servirán de criterio para la estimación de los perjuicios debidos al expropiado son: 1º, el valor de la cosa se

la *desposesión* debe ser previa á la indemnización, á menos de los casos de urgencia en que sería imposible observar regla alguna. La Constitución Nacional ordena, por el contrario, que la indemnización debe ser previa á la expropiación, y la ley citada declara que ésta no se perfecciona sino por el pago del precio ó su consignación, autorizando al expropiante para tomar la cosa, previo depósito del precio ofrecido y no aceptado, quedando ambos á las resultas de lo que se juzgase. La Suprema Corte, en el fallo de 14 de Abril de 1888, reaccionando contra la teoría sentada en la de 13 de Agosto de 1868, donde declaraba que las leyes de expropiación no podrían ser objetadas de inconstitucionalidad, por razón de error en la calificación de la utilidad pública, en que se funda el derecho de expropiación, ha vuelto á la buena y verdadera doctrina declarando: que la expropiación debe limitarse á lo que sea *indispensable* para la ejecución de las obras; que los poderes públicos, so color de utilidad común, no pueden invadir la propiedad privada. Y la expropiación para el Ferrocarril Central Argentino, de una legua á los costados de la vía, que fué atacada entonces de inconstitucional, y en que venció el Gobierno, ha quedado sepultada ahora, demostrando que es una vana pretensión querer inmovilizar el derecho, declarando que los fallos de la Corte la obligan para el porvenir!

¿Desde cuándo queda realizada la expropiación? Ordinariamente desde el pago del precio y entrega de la cosa, pero cuando la ocupación se ha hecho previo depósito del precio ofrecido y no aceptado, también queda realizada y el expropiante sólo debe el precio que en definitiva se determine, con más los intereses moratorios desde el día de la desposesión. Así lo ha resuelto uniformemente la Suprema Corte. Pretender que la expropiación no ha tenido lugar hasta que no se haya pagado el precio, y que el expropiado tiene derecho para cobrar el que la cosa tenga en el momento de hacerse el pago, es confundir todas las nociones de la compra-venta.

La expropiación es una desposesión forzada que se opera por la toma de posesión de la cosa, previa la consignación del precio ofrecido, y aun sin esa consignación, cuando hay urgencia; el expropiante no es, pues, deudor de la cosa sino del precio. Se ha creído que en la expropiación hay una venta condicional. ¿Cómo puede haberla, cuando es forzada, y necesariamente debe hacerse? Creo un error el sostener que en caso de no pago pueda deducirse la reivindicación autorizada por el art. 3923.



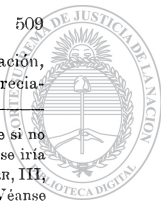
estimaré por el que tiene, tal como está, sin consideración á la obra que debe ejecutarse; 2°, deberá comprenderse los graváme-

¿Cómo podría reivindicarse una calle, una plaza pública ó cosas semejantes, en que se hubieran empleado los inmuebles expropiados? No; el expropiante es deudor del precio y de los intereses de la mora; pero no puede ser obligado á devolver la cosa declarada de utilidad pública y con más razón si se encuentra fuera del comercio. El derecho de ocupar la cosa, concedido por el art. 4 de la ley de 1866, previa consignación del precio ofrecido, y el más claro acordado por el art. 2512, de ocuparla sin formalidad alguna, están demostrando que la acción de reivindicación no procede en estos casos; porque la expropiación, más que una venta forzada, es una verdadera desposesión por causa de utilidad común. Una casa infestada, que se manda quemar como medida de higiene, no puede estar sujeta á reivindicación, aunque no se haya pagado el precio; y lo que decimos de los inmuebles, se aplica con más frecuencia á los muebles en casos de peste, cuando no es posible la desinfección.

El precio que el expropiado tiene derecho á cobrar, es el que tenía la cosa en el momento de ser privado de ella, con los daños y perjuicios ocasionados. El propietario tiene el derecho de retención mientras no se haya consignado el precio ofrecido; pero una vez entregada la cosa, los riesgos y peligros son del expropiante. Laurent, VI, n° 133, que se cita en apoyo de la opinión contraria á la que sostengo, sólo reconoce el derecho de reivindicación cuando el Estado, sin declaración de utilidad pública, se apodera de la cosa. Cuando un ferrocarril atraviesa un campo cercado, la indemnización consistirá en el pago del terreno ocupado por la vía, el pago del cerramiento, si la empresa no lo hiciera, el menor valor del campo por el fraccionamiento y cualquier otro perjuicio que provenga inmediatamente de la expropiación, como si hubiese edificios, pozos, etc., que tomase la vía.

Nuestra constitución habla de la expropiación por causa de *utilidad pública*, habiendo dado preferencia á esta expresión, sobre las de *necesidad pública*, *intereses públicos*, de que han usado otras constituciones. La expropiación no abraza sino las cosas corporales, porque son las únicas susceptibles de propiedad, pues la llamada propiedad literaria, en mi opinión, es sólo un privilegio, y no puede ser objeto de expropiación.

El art. 8, l. 13 de Septiembre de 1866, declara, que la propiedad se transfiere sólo cuando se ha consignado el precio señalado en la sentencia firme, lo que autorizaría á creer que el expropiado ha continuado siendo dueño de la cosa; pero eso no importaría establecer que el precio



nes ó perjuicios que sean consecuencia *forzosa* de la expropiación, tales como el valor del terreno, edificios, plantaciones, deprecia-

se debe fijar por el que tenía en el momento de pagarlo, porque si no lo hace entonces, sería necesario una nueva determinación, y así se iría al infinito. — Comp. DEMOLOMBE, IX, n^{os} 557 y sig. TOULLIER, III, n^{os} 252 y sig. GOYENA, art. 392. CONST. NACIONAL, art. 17. — Véanse arts. 1324, n^o 1, 2512, 2610 y 2637.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2511. — LL. 2, tit. 1, Part. 2^a, y 31, tit. 18, Part. 3^a. — Cód. Francés, art. 545 — Holandés, art. 625 — de Luisiana, art. 489. — Demolombe, tom. 9, desde el n^o 556, trata extensamente la materia del artículo. Lo mismo Toullier, tom. 3, desde el n^o 252.

Es preciso no tomar en cuenta, por ejemplo, el valor de una casa en sí misma, sino también la ventaja particular que ella ofrece por su situación para la industria del propietario. Recíprocamente, si de la ejecución de los trabajos que hacen necesaria la expropiación, debe procurarse un aumento de valor inmediato y especial á la porción no expropiada, este aumento debe tomarse en consideración para la evaluación del importe de la indemnización. La indemnización debe consistir exclusivamente en una suma de dinero: debe ser previa á la desposesión, y no puede subordinarse á una eventualidad. Tampoco la indemnización podrá nunca compensarse con el mayor valor que tome la parte no expropiada de la finca. Véase Zachariae, § 277, nota 13.

La expropiación por utilidad pública no es tratada sino muy accesoriamente en las *Leyes Romanas*. La expropiación por utilidad pública tenía lugar, no sólo respecto de los inmuebles, sino también respecto de los muebles de primera necesidad, por ejemplo, grano, aceite, etc. Véase Maynz, § 22, nota 33.

Faltos de la S. C. N. — Aplicación del art. 2511. — La indemnización comprende los gravámenes que sean consecuencia forzosa de la expropiación. — IV, 464.

Las leyes nacionales no pueden ser objetadas ni discutida su constitucionalidad por error en la calificación de la utilidad pública. — VI, 79.

Concluido el juicio, el fisco deja de ser parte en las cuestiones sobre mejor derecho al precio aplicado. — VII, 9.

Debe abonarse el valor del campo y el de las casas. — VII, 51.

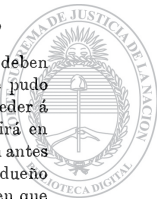
Las costas que se declaran á cargo de la Nación, en el caso de expropiación, son las relativas á los trámites necesarios, esto es, á las costas de actuación y honorario de los peritos. — VII, 187.

Cuando la indemnización es mayor que la sostenida por el fisco, éste debe pagar las costas. — XI, 335.

En caso de duda sobre los precios, debe estarse á favor del expropiado. — XV, 254.

El valor debe regularse por el que hubiera tenido la cosa antes de la ejecución y autorización de las obras y comprenden el perjuicio que es una consecuencia forzosa, y no las hipotecas. — XX, 168.

Dictada una ley de expropiación, y entregado por el propietario el terreno, conviniendo en el precio y en el pago posterior, el dominio de dicho terreno



ción por fraccionamiento, explotaciones, etc.; 3º, no se deben tomar en cuenta las ganancias ó ventajas hipotéticas que pudo obtener el expropiado; 4º, la indemnización no debe exceder á la demanda del expropiado; 5º, la indemnización consistirá en una suma de dinero; 6º, no se tomará posesión de la cosa sin antes haber consignado el precio ofrecido y no aceptado por el dueño de ella, sin perjuicio de pagar en adelante el mayor valor en que se estime, con los intereses desde la toma de posesión, l. 13 Septiembre de 1886.

La expropiación no puede estar sujeta á reglas, cuando circunstancias especiales obliguen á los poderes públicos á tomar la propiedad privada, como en caso de guerra, en que se puede proceder á destruir una ó varias casas para las operaciones de defensa; así, pues, *cuando la urgencia de la expropiación tenga un carácter de necesidad, de tal manera imperiosa que sea imposible ninguna forma de procedimiento, la autoridad pública puede disponer inmediatamente de la propiedad privada, bajo su responsabilidad (art. 2512)*, porque en estos casos excepcionales cesa el imperio

(**Art. 2512.**) La expresión de *necesidad pública* es más limitada y restrictiva que la de *utilidad pública*, porque se aplica sólo á aquellas empresas esenciales á la salud de la nación, en que no hay momentos que esperar; se obra bajo el imperio de una fuerza superior que busca la conservación de la existencia social ó del mayor número. En esos casos no hay posibilidad de aplicar ley alguna, y el único control de la propiedad particular se encuentra en la constitución, que hace responsable á cada empleado del daño que cause. Esta no es una verdadera expropiación, es la arbitrariedad de la fuerza que obra en virtud de una necesidad suprema y puede tener lugar tanto con relación á las cosas muebles, como

pasa al expropiante, y no puede ser transferido ya por el propietario á un tercer comprador.—XXV, 273.

Véase el fallo.—LII, 77.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2411.—Si el terreno necesario para vía pública ha sido vendido judicialmente por la Municipalidad, la pérdida por parte del propietario sólo le concede derecho á la devolución del precio, en la parte proporcional, con intereses. — Jur. Civ., IV, 245, Sér. 2ª.

Aun tratándose de la rectificación de vías de comunicación, la Municipalidad no puede proceder á su apertura sin previa indemnización fundada en ley. —Jur. Civ., IX, 175, Sér. 2ª.



de la ley ordinaria para dar lugar á las leyes impuestas por la fuerza de las cosas, cómo sucedería en caso de incendio, inundación, etc.

§ 711.—DE LOS MODOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO

Uno de los primeros medios de adquirir el dominio es la *apropiación* (**art. 2524**, n° 1), que es la aprehensión de la cosa, sin dueño, con ánimo de poseerla para sí. La idea del título y de la tradición no se ha presentado al espíritu del hombre, sino en épocas de civilización.

El hallazgo de un tesoro en terreno ajeno, es un verdadero medio de apropiación para el que lo ha encontrado, porque se trata de una cosa abandonada; pero la adquisición de la mitad del

en las inmuebles. Es la autoridad pública que investida de la fuerza, obra en casos de guerra, incendio, inundaciones para la salvación común.—Comp. DEMOLOMBE, IX, n° 564.

Hay otros modos de expropiar las cosas muebles, para evitar las declaraciones fraudulentas, en que las leyes de aduana autorizan al fisco para tomar la cosa por el valor declarado por el interesado; en otros casos se ejerce como una limitación del dominio, prohibiendo la fabricación de pólvora ó de armas de tal clase, etc.

(**Art 2524**, n° 1.) Esto sólo tiene lugar en las cosas sin dueño, como los animales salvajes que se cazaren, los pescados, etc., ó las cosas abandonadas voluntariamente; por consiguiente, no se aplica á los despojos de los náufragos, que deben ser entregados á sus dueños, si apareciesen.—FREITAS, art. 4074, n°s 1 y 2.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2512.—Demolombe, tom. 9, n° 54. Así, en una ciudad en estado de guerra, una orden del jefe del pueblo, y aun en caso de urgente necesidad, del jefe de las tropas, basta para autorizar la demolición de un edificio.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2524.—De los modos de adquirir indicados en los n°s 6 y 7 se tratará en el Lib. 4°. —Habiendo ya tratado de la percepción de los frutos, sólo trataremos en este título de los modos de adquirir designados en los primeros cuatro números.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2524.—Es suficiente la información judicial debidamente aprobada, por la que se justifica la adquisición del dominio por la posesión continuada de más de cuarenta años.—Jur. Civ., II. 24°, Sér. 2°.



tesoro que el dueño del terreno gana para sí, no es verdaderamente una apropiación, y más bien se puede considerar como uno de esos derechos inherentes á la propiedad.

La *especificación* (**art. 2524**, n° 2), que es una transformación de la cosa en un objeto nuevo, toma el nombre de *adjudicación*, cuando las cosas se unen para formar una sola y pertenecen á diversos dueños; es otro de los medios de adquirir el dominio, y se rigen por los arts. 2567 á 2570 y 2594 á 2600, no teniendo lugar sino en las cosas muebles.

La *accesión* (**art. 2524**, n° 3), tiene lugar cuando una cosa acreciere á otra por adherencia natural ó artificial, y es otro de los medios de adquirir el dominio; pero no se la debe confundir con los frutos naturales que no son verdaderos accesorios, porque el producirlos es una función ordinaria de la cosa y no se han adherido á ella ni natural ni artificialmente.

(**Art. 2524**, n° 2.) La transformación sólo hace adquirir el dominio en limitados casos y condiciones especiales.

(**Art. 2524**, n° 3.) Ducaurroy y Ortolan dicen, que la accesión entre los romanos no designaba un medio de adquirir; que *accessio* era empleado como accesorio, el objeto que se reunía accesoriamente á la cosa principal. Y en nuestros tiempos, Demolombe ha demostrado que la accesión, según los verdaderos principios de la ciencia del derecho, no es un medio de adquirir como se ha creído hasta el presente y se ha considerado por todos los Códigos. Tratándose de los frutos, la demostración es evidente, porque mientras éstos se encuentran en germen, encerrados en la cosa misma que los produce, no se puede decir que hay accesión, y cuando el fruto se ha producido y permanece unido á la cosa, forma con ella un todo, como el fruto de los árboles que pende de las ramas; y cuando se han separado, no hay accesión, sino disgregación, separación, desde que tienen una individualidad distinta. En la *accesión* por acrecimiento, la cosa que se ha unido á la otra, ha perecido jurídicamente hablando, ha desaparecido y ha sido absorbida en su totalidad por la cosa con la que se ha unido, con la que forma un solo y único ser. — Comp. DEMOLOMBE, IX, n° 573 y 574. ORTOLAN, *Institutas*, tit. 1, lib. 2, § 18, n° 362.

Freitas, art. 4078, comprende en este medio de adquirir, las cosas muebles é inmuebles, agregando la sucesión y la prescripción, separando de las demás en que sólo se adquiere las muebles.



La *tradición* (**art. 2524**, n° 4), que es la entrega de la cosa con ánimo de transferir el dominio, es otro medio de adquirir la propiedad, pues por nuestro sistema, el título sólo da derecho á la cosa. No es por cierto el medio más adelantado, porque existiendo el registro de la propiedad raíz, ha debido preferirse la inscripción del título á la tradición material ó simbólica.

La *percepción de los frutos* (**art. 2524**, n° 5), en los casos de restitución de la propiedad adquirida de buena fe, es otro medio de adquirirla, á éste se puede agregar la extracción de los productos de las canteras ó minas que estaban en explotación. No se debe confundir este medio con la aprehensión.

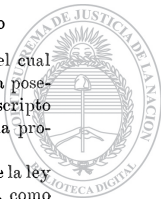
La *sucesión en los derechos del propietario* (**art. 2524**, n° 6), y también la sucesión hereditaria que confiere la propiedad á los herederos y la transmite por el acto del fallecimiento del causante, son igualmente medios de adquirirla. El que ha adquirido por título particular todos los derechos del propietario, puede ejercitarlos en la medida que éste hubiera podido hacerlo, reivindicando la cosa y ejerciendo los derechos que tuviere.

La expresión de «la sucesión en los derechos del propietario» debe tomarse en un sentido extenso abrazando todos aquellos medios por los que puede transferirse el derecho de propiedad.

(**Art. 2524**, n° 4.) Ha podido seguirse sin peligro el sistema francés que admite el traspaso de la propiedad raíz por la inscripción en el registro. El sistema antiguo seguido por nuestro Código no se ajusta á la verdad de los hechos, porque el comprador, entre nosotros, jamás es puesto en posesión material de la cosa.—FREITAS, art. 4074. le agrega: «cuando se transmitió por actos entre vivos».

(**Art. 2524**, n° 5.) El poseedor de buena fe, es decir, el que era dueño de la cosa, adquiere los frutos percibidos y los hace suyos, hasta el momento de la demanda, pues se reputa propietario; después debe conservarlos hasta la decisión del asunto. El poseedor de mala fe no los adquiere.—FREITAS, art. 4074, n° 3.

(**Art. 2524**, n° 6.) La sucesión en los derechos del propietario, es más general que la expresión, por sucesión hereditaria ó por fallecimiento del titular, como lo trae Freitas, art. 4078, n° 2; porque de cualquier modo que haya sucedido al propietario en sus derechos, debe ejercerlos en la misma medida.



La *prescripción* (**art. 2524**, n° 7), es el derecho por el cual una persona adquiere la propiedad de un inmueble por la posesión continua, pública y pacífica durante el tiempo prescripto por la ley; es finalmente otro de los medios de adquirir la propiedad.

Á estos medios se pueden agregar todos aquellos en que la ley como pena puede hacer perder la propiedad al particular, como en los casos de contrabando, etc., etc.

Algunos autores añaden la cesión del derecho de reivindicar, y la adquisición de la posesión transmitida en virtud de actos jurídicos.

El dominio pleno y perfecto se adquiere en las cosas muebles sólo por la apropiación, transformación, percepción de los frutos, y por la tradición, que no se aplica á los inmuebles, pues la tradición necesita de título translativo de dominio, mientras en los muebles se adquiere por el sólo hecho de la posesión.

Por el contrario, el derecho hereditario se aplica á las cosas muebles é inmuebles, pero la accesión y la prescripción sólo á los inmuebles.

(**Art. 2524**, n° 7.) La prescripción como la accesión sólo se aplica á los inmuebles, porque los muebles se adquieren por la posesión.—FREITAS, art. 4078, n° 3.

CAPÍTULO PRIMERO

DE LA APROPIACIÓN Y OCUPACIÓN

§ 712.—DE LAS COSAS ABANDONADAS

En las cosas muebles, la aprehensión con ánimo de tomarlas para sí, constituye un medio de adquisición; pero nuestro Código sólo comprende en esta parte la adquisición de las cosas abandonadas ó sin dueño.

En el derecho romano se distinguía la *res nullius*, de la *res derelictæ*, diferencia que nuestro Código ha seguido con razón. Las primeras no pueden entrar en el patrimonio de una persona determinada, sino por un hecho material de ocupación, y mientras no se ha realizado, las cosas permanecen sin dueño, como sucede con los pescados, los animales salvajes, etc.; las segundas comprenden las cosas voluntariamente abandonadas, para que las tome el primero que se apodere de ellas, como sucede con el dinero que se arroja á la multitud con ocasión de alguna fiesta; ambos medios no se deben confundir con las sucesiones vacantes, porque si el fallecido no tiene herederos, dentro del 6º grado colateral, es el Fisco quien lo reemplaza. A estos medios se puede agregar: el botín tomado al enemigo, el tesoro y ciertos despojos de los náufragos.

La aprehensión de las cosas muebles sin dueño, ó abandonadas por el dueño, hecha por persona capaz de adquirir con el ánimo de apropiárselas, es un título para adquirir el dominio de ellas (art. 2525).

(**Art. 2525.**) Se trata de adquirir la propiedad de una cosa abandonada ó sin dueño: es decir, de un acto jurídico unilateral, en que sólo se

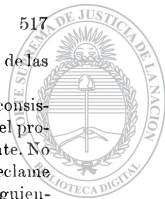




El que las abandona debe ser capaz de enajenarlas, pues en caso contrario el acto no produciría efecto, y el que las adquiere debe ser capaz de tener voluntad, aunque no lo fuere para contratar, porque no se realiza un contrato sino el hecho de la ocupación que necesita una voluntad. En las cosas muebles la aprehensión

necesita voluntad ó intención, no capacidad de contratar. Si para adquirir la posesión por medio de la tradición sólo se necesitaba voluntad y no capacidad, allí donde la tradición es un contrato, con más razón bastará que exista esta voluntad en este caso, pues sólo se trata de un acto unilateral. La expresión de persona *capaz de adquirir*, se debe entender refiriéndola á las que tienen voluntad y pueden manifestarla; pero esto no importa decir que las absolutamente incapaces puedan adquirirla. La cosa abandonada es la que ha estado sujeta al dominio de una persona, que voluntariamente se ha desprendido de ella por un acto material positivo, para que la haga suya cualquiera que la tome, ó designando las personas para quienes se abandona. Las cosas sin dueño son, por el contrario, todas las que no han estado sujetas á dominio alguno, ó que estándolo han recobrado su libertad natural, confundiendo en el seno de la naturaleza con las que estuvieron libres. Las cosas que no tienen dueño conocido son las que se encuentran ocultas ó enterradas en un inmueble, sin indicación del dueño á quien pertenezcan. La aprehensión ú ocupación es un medio de adquirir la propiedad de las cosas abandonadas por el dueño, ó cuando no es conocido, y también la posesión; pero para adquirir esta no es necesario que la cosa no tenga dueño. La adquisición por medio de la ocupación se aplicaba en derecho romano: 1º, á las cosas sin dueño, *res nullius*, y á las abandonadas *res derelicta*; 2º, al botín de guerra hecho sobre el enemigo, *occupatio bellica*; 3º, al tesoro y los despojos que arroja el mar, *inventio*. — Comp. AUBRY y RAU, § 201. POTHIER, *Propiedad*, n.º 20. Cód. de CHILE, art. 624, § 3. FREITAS, arts. 4083 y 4084. — Véanse arts. 2375, 2392, 2447, 2454, 2515, 2524, 2527 á 2530, 2607 y 2608.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2525. — LL. 5 y 49, Tit. 28, Part. 3ª. — Instii. L. 2, Tit. 1, § 46. Por la L. 50 del mismo Título y Partida, la invención comprende aún las cosas raíces. L. 3, Dig. *De acq. rer. Dom.* — Pothier, *De la propiedad*, n.º 20. — Es preciso no confundir las cosas que no tienen dueño conocido, con las cosas que no tienen dueño. De las primeras trataremos más adelante. Es preciso también no confundir la ocupación con la posesión. La ocupación, y por ella la aprehensión, no tiene lugar sino en las cosas sin dueño. La posesión, al contrario, puede tener lugar en cosas sin dueño y en las que tienen dueño; pero está subordinada á las condiciones determinadas en el Título *De la posesión*.



ú ocupación es el único título de propiedad, con excepción de las cosas robadas ó perdidas.

¿Qué cosas se reputan abandonadas? El abandono debe consistir en un hecho positivo donde se manifieste la voluntad del propietario de dejar la cosa para que la tome el primer ocupante. No bastará pues, que el propietario no use una cosa, ó no la reclame, del que la tiene para que se juzgue abandonada; por consiguiente, *son cosas abandonadas por el dueño, aquellas de cuya posesión se desprende materialmente, con la mira de no continuar en el dominio de ellas (art. 2526)*, como sucede con *el dinero y cualesquiera otros objetos voluntariamente abandonados por sus dueños para que se los apropie el primer ocupante (art. 2527, 2ª parte)*,

(**Art. 2526.**) La l. 1, tít. 7, lib. 41 Dig., dice: « desde que una cosa es abandonada por el dueño, deja inmediatamente de pertenecerle, y es del primer ocupante, porque los medios para perder la posesión son los mismos que para adquirirla »; pero es necesario que la voluntad se manifieste de una manera clara y espontánea, porque si un acontecimiento cualquiera lo obliga á abandonarla, no se juzga que ha existido libertad; por eso las cosas arrojadas al río ó al mar para alijar el buque, no son abandonadas. En caso de duda el abandono no se presume. Los inmuebles no son susceptibles de abandono, sino en cuanto á su posesión.—Arts. 2454 y 2528.—AUBRY y RAU, § 168, texto y nota 6ª. Cód. DE CHILE, art. 624, § 3, l. 21, §§ 1 y 2, tít. 2, lib. 41, Dig.—Véanse arts. 877 á 879, 2454, 2510, 2530.

(**Art. 2527.**) No habiendo dicho cuáles son los animales de caza, al final del artículo se hace la determinación, aplicándolo á los bravíos ó salvajes y á los domesticados que han recobrado su libertad natural; á diferencia de Freitas, art 327, n.º 1, que declara expresamente, que sólo los animales bravíos son animales de caza, agregando en el art. 4085, á los domesticados que recobraren su antigua libertad. La pesca en los ríos no navegables y que atravesasen diversas heredades, es un medio de adquirir por la ocupación, y cada uno de los ribereños puede pescar hasta la mitad del río ó arroyo. La pesca en los lagos no será permitida si no son navegables por buques de más de cien toneladas. No es, pues, exacta la corrección que pretende hacerse á este artículo, haciéndole decir: « de



en que se manifiesta la voluntad formal de separarse de la cosa. En los hechos negativos, el propietario puede reclamar la cosa, sin necesitar otra prueba que la de la propiedad; el que la retiene, debe demostrar el abandono.

Hay casos en que el abandono se hace para determinadas personas; entonces es evidente que la voluntad del dueño debe imperar y no podrán adquirirla personas extrañas; por consiguiente, si las cosas abandonadas por sus dueños lo fueren para ciertas personas, esas personas únicamente tendrán derecho para apropiárselas. Si otros las tomasen, el dueño que las abandonó tendrá derecho para reivindicarlas, ó para exigir su valor (**art. 2529**); pero

los ríos y lagos navegables» cuando expresa: «de los mares y ríos, y de los lagos navegables.»

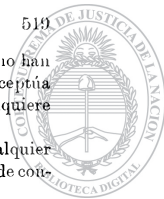
Son susceptibles de apropiación lo que se hallare en el fondo de los mares y fueren productos propios, como conchas, perlas, corales, etc., no así cuando ruvieran señales del dominio del hombre.

Los animales que viven en completa libertad, acostumbrados á volver á un mismo lugar, como las palomas, pueden cazarse si se encuentran en bosques ó campos propios ó abiertos, ó los que han sido tenidos en jaulas y han recobrado su libertad, sin que el dueño los persiga.

Se dijo que los animales bravíos ó salvajes eran los que vivían naturalmente libres é independientes del dominio del hombre, y agregaremos que se entienden por animales domésticos, los que después de muchas generaciones se han acostumbrado á estar bajo el dominio inmediato del hombre, como la oveja, la gallina, etc., y por domesticados los que, sin embargo de ser salvajes por su naturaleza, se han acostumbrado á la domesticidad, como el oso, el elefante, las palomas que vuelven al palomar, etc.; pero si no vuelven á la casa ó lugar donde acostumbran vivir, se convierten en *res nullius*. Nuestro artículo se refiere sólo á los animales salvajes y á los domesticados que han recobrado su libertad natural, volviendo á su estado anterior.—FREITAS, art. 4085. POTHIER, *Propiedad*, n.º 58 y sig. AUBRY y RAU, § 201. Cód. DE CHILE, art. 608.— Véanse arts. 254, 2343, 2375, 2524, 2525, 2542, 2547 á 2549 y 2565.

(**Art. 2529.**) Es el art. 4128 de Freitas, con una supresión que po-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2527.—L. 5, Tit. 28, Part. 3ª.—Pothier, *De la propiedad*, n.º 58 y siguientes.—Zachariae, § 294.—Toullier, tom. 4, n.º 37 y siguientes.



no podrán hacerlo las personas que debían tomarlas, pues no han adquirido la propiedad desde que no hubo tradición; se exceptúa el legado de cosa determinada, en que la propiedad se adquiere sin tradición.

Cuando una cosa abandonada ha sido recogida por cualquier persona, ésta tendrá derecho para hacerse pagar los gastos de conservación, con el privilegio correspondiente.

Como el abandono no se presume, y por el contrario la ley supone en el propietario el ánimo de conservarla para sí, aunque no ejerza actos de dominio, se deduce que, *en caso de duda, no se presume que la cosa ha sido abandonada por su dueño, sino que ha*

dría considerarse importante; pues este autor agrega á la parte que acuerda únicamente á esas personas el derecho de apropiárselas, la de que «podrán impedir que otros se las apropien», que modifica notablemente el sentido. Entre nosotros, antes de la aprehensión de la cosa abandonada no adquiere derecho alguno aquel para quien la abandonó, y por consiguiente no puede impedir que otro la tome; no hay necesidad de acordárselo desde que el dueño anterior puede reivindicarla y hacérsela entregar; si no lo hace es porque habrá cambiado de voluntad. Cuando se dudase si la cosa se abandonó para determinadas personas ó para el primer ocupante, serán cuestiones de hecho; pero así como en caso de duda se reputa que la cosa no es abandonada, creo se debe preferir la conclusión de que la abandonó para determinadas personas, por el interés que se debe suponer en beneficiar á conocidos, antes de que las tomase el primer ocupante. El argumento de que el presente artículo es una excepción al principio general de que las cosas abandonadas son del primer ocupante, no es exacto; porque tan general es el uno como el otro, desde que rigen posiciones diversas. Con el mismo criterio se podría convertir en principio general, el de que las cosas abandonadas para una persona son para ella, y como excepción, el de que cuando no se ha determinado la persona, sea para el primer ocupante; pero tampoco sería exacto. En el abandono se debe tener en cuenta la intención del que abandona la cosa, y en caso de duda, lo más natural es suponer que ha querido beneficiar á persona determinada, con más razón si está ligada por parentesco ó amistad.

Si la reivindicación no puede tener lugar, el dueño reclamará el valor de la cosa en el momento del abandono; á menos de haber perecido sin culpa del ocupante y éste fuera poseedor de buena fe.



sido perdida, si es cosa de algún valor (art. 2530). Siendo el abandono un hecho positivo, es necesario que conste de alguna manera.

§ 713. — DE LAS COSAS SIN DUEÑO. — APROPIACIÓN POR LA CAZA

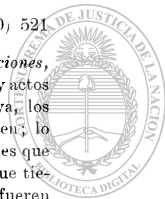
Entre los diferentes hechos de aprehensión para adquirir la propiedad de las cosas que no tienen dueño, se encuentran la caza y la pesca, así dice el **art. 2527**, 1ª y 3ª parte: *son susceptibles de apropiación por la ocupación, los animales de caza, los peces de los mares y ríos, y de los lagos navegables; las cosas que se hallen en el fondo de los mares ó ríos, como las conchas, corales, etc., y otras substancias que el mar ó los ríos arrojan, siempre que no presenten señales de un dominio anterior; porque si la tuvieran indicando su anterior propietario, no se adquirirían por la ocupación; los animales bravíos ó salvajes y los domesticados que recuperen su antigua libertad.*

Cuando nos ocupemos de la pesca, se verá que sólo se adquiere la propiedad de lo pescado, cuando es un producto propio del mar, y los demás objetos que llevan el sello de un trabajo anterior, se deben considerar como las cosas perdidas.

No se reputan cosas sin dueño, y por consiguiente *no son susceptibles de apropiación, las cosas inmuebles, los animales domésticos ó domesticados, aunque huyan y se acojan en predios ajenos, las cosas perdidas, lo que sin la voluntad de los dueños cae al mar*

(**Art. 2530.**) En principio general la renuncia no se presume y debe siempre interpretarse restrictivamente, art. 874, por consiguiente, el abandono no se supone mientras no haya actos ó hechos positivos, que lo indiquen de una manera clara. El abandono es una especie de donación á persona indeterminada, y cuando se ha dejado la cosa para el primer ocupante, se deben aplicar las reglas del art. 1816, si se tratare de interpretar la voluntad del dueño. Si el dueño reclamase la cosa que se reputa abandonada, el que la tiene deberá demostrar el hecho positivo del abandono.—Comp. FREITAS, art. 4129.— Véanse arts. 874, 2445.

(**Art. 2527.**) (Véase pág. 517.)



ó á los ríos, ni las que se arrojan para salvar las embarcaciones, ni los despojos de los naufragios (art. 2528), porque no hay actos libres de abandono, y si el río ó el mar los arrojan á la playa, los dueños pueden reclamarlos, demostrando que les pertenecen; lo mismo sucede con los animales domésticos ó con los salvajes que viven en una especie de domesticidad, como las palomas que tienen la costumbre de volver al palomar; sin embargo, si fueren cazadas en campos propios, el cazador las adquiriría, durante el tiempo de la caza, ó cuando hicieran daño á los sembrados.

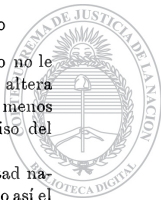
La caza debe hacerse en el tiempo determinado por la autoridad, y comprende á los animales salvajes ó bravíos, porque no se pueden cazar los domésticos, aunque hubieren abandonado momentáneamente el lugar donde acostumbra estar.

La caza es otra manera de apropiación, cuando el animal bravo ó salvaje viéndose (viviendo) en su libertad natural, fuese tomado muerto ó vivo por el cazador, ó hubiese caído en las trampas puestas por él (art. 2540), será del que lo ha tomado. La infrac-

(Art. 2528.) Los inmuebles, aunque se abandonen, no pueden ser del primer ocupante; necesitan un título para adquirir el dominio ó el término designado para la prescripción sin título. La posesión es la única que se adquiere por la ocupación durante un año. Así es que un inmueble no se reputa jamás abandonado, el propietario lo posee *pro animo*.

Los animales domésticos no son susceptibles de apropiación, y con mayor razón los que tienen marcas ó señales; pero los domesticados, como las palomas, etc., que han perdido la costumbre de volver al palomar, pueden apropiarse, si el dueño del lugar donde se acogen, nada ha hecho para atraerlas. Las cosas perdidas tienen su legislación especial. — FREITAS, art. 4086. Cód. de Chile, art. 608. — Véanse arts. 2342, n.º 1 y 5, 2450, 2510, 2527, 2532, 2534, 2539, 2592 y 2605.

(Art. 2540.) El artículo habla de los animales que son *res nullius*, es decir, de los salvajes que siempre vivieron en su libertad natural, los que se adquieren por la aprehensión, y según las disposiciones de los reglamentos de caza, y cuando se cazaren en terrenos cercados ó plantados, pertenecen al dueño de éstos si no dió permiso. En cuanto á los domesticados que han recobrado su libertad natural, su caza está sujeta á las restricciones de los arts. 2528, 2592 y 2593. — Véase FREITAS, art. 4092. AUBRY y RAU, § 201, texto letra a, donde dicen:



ción á los reglamentos le hará pasible de una multa, pero no le impedirá la adquisición de lo cazado, porque eso en nada altera el carácter de *res nullius* que tienen los animales salvajes, á menos de ser cazados, en terreno cercado, ó cultivado, sin permiso del dueño, en que pertenece á éste la caza.

Se entiende por animal salvaje el que vive en su libertad natural, palabra aplicada igualmente al bravío, distinguiendo así el que ataca al hombre, y de los que sólo le causan daño en sus bienes, como por ejemplo, las aves.

La aprehensión por la caza debe considerarse como realizada, no sólo por el hecho de tomar al animal, sino *mientras el cazador fuese persiguiendo al animal que hirió, el que lo tomase deberá entregárselo (art. 2541)*; pero la herida debe ser mortal, de manera que la captura sea cierta; así, cuando herido mortalmente fuera tomado por el dueño de un terreno cercado ó sembrado donde no es permitido cazar, deberá entregarlo al que lo persigue.

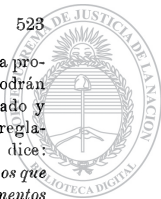
«animales salvajes *convirtiéndose* en una especie de domesticidad».—Véanse arts. 2527, 2543 y 2544.

(**Art. 2541.**) El cazador debe ir siguiéndolo, pues de otro modo será del primero que lo tome; Freitas, arts. 4092 y 4093, dice, que la herida debe ser mortal y que el cazador debe seguir al animal herido; Aubry y Rau admiten la ocupación, cuando la captura esté á punto de realizarse de una manera cierta, lo que no podemos aceptar según el texto del artículo, pues sólo exige que el animal vaya herido. La decisión de nuestro artículo es contraria al derecho romano, como lo indica la nota del Dr. Velez-Sarsfield.

El artículo habla de heridas, sin distinguir si debe ser mortal ó leve; pero el privilegio concedido al que lo ha tomado, no es porque lo haya herido, sino por la seguridad de aprehenderlo desde que la herida es mortal; de otro modo resultaría un privilegio contrario á todos los principios.—SAVIGNY, *Poseción*, sostiene la opinión contraria con muy buenas razones.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2540.—Cód. de Chile, art. 617.—L. 17, Tit. 18. Par. 3º.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2541.—En contra, Inst. L. 2, Tit. 1, § 13 y L. 21, Tit. 18, Part. 3º.

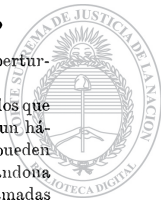


La caza está reglamentada en los códigos rurales de cada provincia, cuyas disposiciones deberán observarse; pero no podrán alterar las del Cód. Civil referente á la propiedad de lo cazado y los lugares en que puede hacerse; así, cualquier disposición reglamentaria en contrario no tendrá valor, y cuando el Código dice: *no se puede cazar sino en terrenos propios, ó en terrenos ajenos que, no estén cercados, plantados ó cultivados, y según los reglamentos de la policía (art. 2542)*, es porque deja á la autoridad administrativa el fijar la época y demás circunstancias en que la caza debe hacerse.

Entrar en una propiedad cercada es cometer un avance al derecho del propietario, y por consiguiente, *los animales que se cazaren en terrenos ajenos, cercados, plantados, ó cultivados, sin permiso del dueño, pertenecen al propietario del terreno, y el cazador está obligado á pagar el daño que hubiere causado (art. 2543)*; no es porque el animal pierda el carácter de *res nullius*, mientras se encuentran en el terreno, pues el cazador adquiere lo cazado

(**Art. 2542.**) No existiendo un código general de caza, se estará á lo dispuesto por los códigos rurales de cada provincia; pero no podrán impedir á los dueños la caza en terrenos propios, ó á los extraños en los ajenos no cercados ó no cultivados, porque eso sería derogar la disposición de este artículo; sólo pueden reglamentar la caza. Freitas, art. 4094, de donde ha sido tomado, agrega con razón: «respondiendo el cazador del daño que causare»; porque si en terrenos abiertos se puede cazar, no debe causar daño alguno al propietario. — Véanse art. 2516 y 2541.

(**Art. 2543.**) Más justo habría sido seguir la doctrina del derecho romano, enseñada por los autores franceses, porque la cosa no pierde su carácter de *res nullius* por encontrarse en un terreno cercado; se puede penar á un individuo y hacerle pagar los daños y perjuicios, pero no privarle de lo que es suyo. La doctrina del artículo no se aplicará á los animales feroces que pueden matarse donde se encontraren sueltos, porque amenazan la vida de todos, y nadie pretenderá cobrar los daños y perjuicios al que exponiendo su vida haya muerto un tigre ó un león suelto en terreno cercado. — FREITAS, art. 4097, de donde fué tomado el artículo, dice: «terreno cercado, murado, vallado ó zanjeado». — Véanse arts. 1109, 1110 y 2542.



con el permiso del dueño; es una especie de pena por la perturbación, y no le exime de los daños y perjuicios.

Hay animales domésticos y domesticados; aquellos son los que están acostumbrados á vivir en compañía del hombre por un hábito adquirido después de muchas generaciones; pero que pueden recobrar su primitivo estado salvaje una vez que se les abandona durante muchas generaciones, como sucede con las aves llamadas de corral; los domesticados, por el contrario, son animales salvajes que una reciente domesticación los ha sujetado á vivir con el hombre; pero que pueden recobrar de un momento á otro su completa libertad, como sucede con ciertos pájaros mantenidos en jaulas, y con relación á ellos la ley dice: *mientras el que tuviere un animal domesticado que recobre su libertad, lo fuese persiguiendo, nadie puede tomarlo ni cazarlo (art. 2544)*. Cuando fuesen

(**Art. 2544.**) El art. 2528, dice: no son susceptibles de apropiación por la ocupación, los animales domésticos ó domesticados; el 2605, la propiedad de los animales domesticados se pierde cuando recuperan su libertad natural; el 2592, cuando los animales domesticados que *gozan de su libertad*, emigraren ó contrajesen la costumbre de vivir en otro inmueble, el dueño de éste adquiere el dominio de ellos; y el presente cuando recobren su libertad, y el que los tenía los fuese persiguiendo, nadie puede tomarlos. Para hacer desaparecer la incongruencia que parece existir entre estas disposiciones, es necesario decir: 1º el animal domesticado que recobrare su libertad se adquiere por la aprehensión, siempre que el que lo tenía no lo persiguiera, pero no si lo va persiguiendo; 2º que el principio sentado sólo se aplica cuando el animal domesticado no estuviera en completa libertad; 3º cuando el animal domesticado viviera en su libertad natural, cualquiera puede cazarlo, sujetándose á los reglamentos de caza; 4º estas reglas no se aplican á los animales domésticos sino á los domesticados. Siguiendo estos principios tenemos que el art. 2605, habla de los animales domesticados que recobran su libertad, si no son perseguidos por el dueño, porque si los va siguiendo, nadie puede cazarlos, según el art. 2544; si los animales vivieran en completa libertad, se pierden por el hecho de no volver al lugar donde acostumbraban vivir, y pueden cazarlos, ó se adquirieron por el dueño del fundo donde se acostumbraren á vivir, naturalmente, si nada ha hecho para atraerlos. No es exacto que el animal domesticado que recobrare su libertad y huyese á predio ajeno, no pueda ser tomado por el dueño de éste,



animales acostumbrados á vivir en un lugar dado, como las palomas que vuelven al palomar gozando de completa libertad, su propiedad se pierde por el hecho de no volver á su guarida, y se pueden cazar ó tomar por los dueños de los campos cercados ó sembrados cuando penetrasen en ellos, así como pueden matarse cuando hacen daño en los sembrados.

En cuanto á los animales domesticados que gozan de su libertad, el hombre sólo los adquiere por la costumbre que tienen de volver á un lugar determinado; por eso se dice: *cuando los animales domesticados que gozan de su libertad, emigraren ó contrajesen la costumbre de vivir en otro inmueble, el dueño de éste adquiere el dominio de ellos, con tal que no se haya valido de algún artificio para atraerlos. El antiguo dueño no tendrá acción alguna para reivindicarlos, ni para exigir ninguna indemnización (art. 2592)*, pero

si no lo persiguiera el dueño; es al animal doméstico que se aplica el art. 2528, pues está sujeto á las restricciones de los arts. 2544 y 2605. El hecho de acogerse en predio ajeno no le hace adquirir al dueño de éste la propiedad del animal, como sucede en el caso del art. 2592, tratándose de animales que viven en su libertad natural, como las palomas, abejas, etc.; es necesario aprehenderlo ó tomarlo. Froitas, art. 4098, de donde fué tomado nuestro artículo, dice con más claridad: no se reputarán animales de caza los domesticados que huyeren de sus receptáculos (jaulas, estanques, etc.), mientras su dueño los siguiere ó *buscare* y no perdiere la esperanza de recuperarlos. Y agrega: si fueren animales feroces que huyeren de sus jaulas, ó animales dañinos que viven en libertad por costumbre ó negligencia de sus dueños, cualquiera puede matarlos y hacerlos suyos. — Comp. ALBRY y RAU, § 201, y Cód. DE CHILE, art. 619. — Véanse arts. 2450, 2457, 2527, 2528, 2592 y 2605.

(Art. 2592.) Entre animales domesticados hay unos que viven en su libertad natural, y son poseídos en virtud del hábito que tienen de volver á sus guaridas, como las palomas, conejos, abejas, etc., y otros que se mantienen en jaulas, receptáculos, etc. Los primeros se pierden por el hecho de no volver á sus guaridas, y se adquieren sin aprehensión por el dueño del fundo donde acostumbran á vivir nuevamente; los segundos están en la categoría de *res nullius* por haberse escapado de sus jaulas si el dueño no los persiguiera, pero necesitan de la aprehensión para ser adquiridos. El art. 564, Cód. Francés, como el art. 4184 de Froitas, de donde fué tomado el nuestro, se refiere á las palomas, cone-



si hubo artificio para atraerlos, su dueño tendrá derecho para reivindicarlos, si puede conocer la identidad de ellos. En caso contrario, tendrá derecho á ser indemnizado de su pérdida (art. 2593).

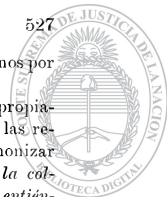
Respecto de las abejas no tenemos disposiciones especiales,

jos, etc., que tienen la costumbre de vivir en un inmueble, exceptuando los que están privados de su libertad. Como lo hace notar Marcadé, había un vicio en la redacción del artículo del Cód. Francés que el nuestro ha corregido, porque declara pertenecer al dueño del fundo donde acostumbran acogerse nuevamente, aunque los hubiera atraído por artificio, salvo la responsabilidad por los perjuicios y aun la facultad de reivindicarlos cuando pudiera conocer la identidad de ellos. Si suponemos que el dueño de un palomar atrae por artificio las palomas del fundo vecino, ¿cómo distinguirlas si son de la misma clase? Si toma los pescados del estanque del vecino y los arroja en el propio, ¿cómo reivindicarlos? En ambos casos la propiedad se adquiere, salvo el derecho para ser indemnizado; esta es la verdadera doctrina consagrada por nuestro Código. La imposibilidad de reconocerlos en su individualidad no hace posible la reivindicación. Por eso el canario, la calandria ó el zorzal que han huido de la jaula, si el dueño no los persigue, entran en la categoría de *res nullius*, y cualquiera puede tomarlos ó cazarlos.—Comp. MARCADÉ, al art. 564. DEMOLOMBE, X, 178. DURANTON, IV, 428. TOULLIER, II, 287. — Véanse arts. 2450, 2527, 2528, 2544, 2545 y 2605.

Algunos creon que para establecer la costumbre, hay necesidad de devolver el animal al dueño, por varias veces; pero basta observar que no sabiendo cuál sea, se hace imposible esa devolución, y aun cuando se pudiera reconocer el animal por señales especiales, ninguna ley le obliga á hacer esas pruebas.

(Art. 2593.) La reivindicación será posible cuando los animales domésticos que viven en libertad tuvieran una señal que los distinguiera de los demás, ó fueran de una raza completamente diferente, ó sólo el reivindicante poseyera animales de esa raza. El poco valor de los animales y la dificultad de reconocerlos en su individualidad, explican estas disposiciones, que habría sido conveniente comprenderlas bajo el membrete de *emigración de los animales*, como lo trae Freitas.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2592.—Cód. Francés, art. 564.—Marcadé discute largamente este artículo.



pues no existe un código general de caza, y debemos guiarnos por las disposiciones del Cód. Civil.

Se dijo en el art. 2343, n° 2, que eran susceptibles de apropiación privada los enjambres de abejas, si el propietario no las reclamase *inmediatamente*, disposición que es necesario armonizar con la del **art. 2545**, que dice: *las abejas que huyen de la colmena, y posan en árbol que no sea del propietario de ellas, entiéndese que vuelven á su libertad natural, si el dueño no fuese en seguimiento de ellas, y sólo en este caso pertenecerán al que las tomare.*

Cuando el enjambre abandona la colmena, recobra su libertad natural y se encuentra en las condiciones de los demás animales domesticados que es necesario perseguirlos, pues de otro modo no se puede demostrar su identidad, y el hecho de no seguirlos prueba que el antiguo dueño los ha abandonado; así, el enjambre debe ser seguido y reclamado inmediatamente, y cuando, *se posare en terreno ajeno, cercado ó cultivado, el dueño que lo persiguiese no podrá tomarlo sin consentimiento del propietario del terreno (art. 2546)*, y á ese caso se refiere el art. 2343, n° 2, y

(**Art. 2545.**) Por el art. 2343, n° 2, debe reclamar *inmediatamente* el enjambre; y queda complementado así el presente artículo. Freitas, art. 4090, de donde fué tomado el nuestro, distingue las abejas salvajes de las domesticadas, y éstas de los enjambres, y dispone que siendo domesticadas y huyendo de las colmenas, so entiende que fueron abandonadas cuando el dueño no va en su seguimiento, y no puede tomarlas sin permiso del dueño del terreno cercado, y respondiendo de los perjuicios. El Cód. de Chile, art. 620, trae una disposición más en armonía con los principios, porque habiendo recobrado las abejas su libertad natural, una vez que han huido de la colmena, permite que cualquiera pueda apoderarse de ellas.

(**Art. 2546.**) Si el dueño del terreno niega el consentimiento para tomar el enjambre, no podrá hacerlo suyo desde que el art. 2343, n° 2 lo declara susceptible de apropiación, sólo cuando el propietario no lo reclamare inmediatamente; pero tanto en el caso de este artículo, como en



el propietario que lo ha seguido debe reclamarlo inmediatamente. *Á más de las disposiciones anteriores, el derecho de cazar y de pescar está sujeto á los reglamentos de las autoridades locales (art. 2549).*

§ 714. — DE LAS COSAS SIN DUEÑO. — APROPIACIÓN POR LA PESCA

La Nación no tiene hasta el presente un Código de pesca, y sólo existen algunas leyes especiales relativas á los mares del sud, determinando la época en que se debe hacer la de lobos marinos que abundan en las costas del mar. La Nación ejerce el derecho de policía en los mares adyacentes hasta 4 léguas de la costa.

Son de uso público, los mares hasta una legua marina de la costa, así como los ríos y los lagos, cuando son navegables por buques de más de cien toneladas. La Nación tiene jurisdicción exclusiva en esos lugares, así no pueden existir leyes ni reglamentos provinciales de pesca, siendo inexacto lo que dice el art. 2549 que el derecho de pesca esté sujeto á los reglamentos locales, debiéndose entender que son los que la Nación dicte para cada localidad, según la especialidad de la pesca.

el del anterior, deberá pagar los perjuicios causados al propietario del terreno donde el enjambre se hubiere posado.—FREITAS, art. 4090, n° 4.

(Art. 2549.) Respecto de la caza, las provincias pueden dictar leyes locales, y se encuentran consignadas generalmente en los Códigos Rurales. Habría sido mejor que la Constitución Nacional hubiera facultado al Congreso para dictar un código general de caza que rigiese en toda la nación. Con relación á la pesca, como se hace en los mares y ríos donde la nación tiene jurisdicción exclusiva, las provincias no pueden dictar ordenanzas locales. Téngase presente que la nación tiene jurisdicción sobre los mares adyacentes, hasta cuatro leguas marinas de la costa, para objetos de policía y seguridad, y por consiguiente puede reglamentar la pesca hasta donde alcanza esa jurisdicción. En cuanto á los mares interiores, son bienes públicos, y la nación tiene también jurisdicción exclusiva.—Comp. Cód. de Chile, art. 622. AUBRY y RAU, § 201, nota 10. — Véanse arts. 2340, n° 1, y 2548.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2546. — La cita anterior.



La pesca es también otra manera de apropiación, cuando el pez fuere tomado por el pescador ó hubiere caído en sus redes (art. 2547); pero sólo es libre pescar en aguas de uso público. Cada uno de los ribereños tiene el derecho de pescar por su lado hasta el medio del río ó del arroyo (art. 2548); pero cuando el río es navegable los ribereños no pueden impedir la pesca á los demás.

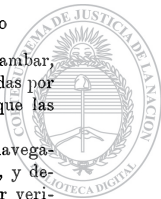
El derecho de pesca se ejerce con completa libertad, salvo la observancia de los reglamentos, en los ríos navegables, y en los que no lo son, cuando no estuvieren cercados; porque los dueños del campo donde pasare el río ó arroyo no navegable pueden impedir la pesca cerrando su terreno.

La pesca comprende la de las cosas que se produzcan en el

(**Art. 2547.**) Cualquiera que sea la especie ó tamaño del pez y ya se le tome muerto ó vivo. En cuanto á la pesca de ballena, que se hace generalmente con arpón, nuestras leyes sólo pueden aplicarse á los casos en que viniera á tener lugar en parte donde la nación ejerce jurisdicción. La ley no hace distinción entre la pesca que se hace con anzuelo, redes ó con la mano, valiéndose del arpón, que en algunas naciones es prohibida. — FREITAS, art. 4099. Cód. DE CHILE, art. 611. — Véanse arts. 2343, n° 1, 2527, 2548 y 2549.

(**Art. 2548.**) Son aguas de uso público las determinadas en el art. 2340, y siempre se podrá pescar en ellas sujetándose á los reglamentos. Respecto á los lagos ó lagunas no navegables que pertenecen al dueño ó dueños de los terrenos donde se encuentren, siendo bienes privados, no podrá pescarse sin permiso de los dueños. Cuando el río ó arroyo no navegable atraviesa por diversas propiedades, los particulares podrán pescar sin permiso de los dueños; pero no podrán hacerlo si estuvieren cercados. Freitas, art. 4102, dice: es prohibido pescar en aguas particulares ajenas, á menos que sean abiertas. El derecho que el Código acuerda á cada uno de los ribereños es respecto de aguas particulares, sino hubiere derechos adquiridos en contrario. Los dueños de arroyos que nacen y mueren dentro de sus terrenos ó de lagunas, estanquos, viveros, etc., tienen completa libertad de pescar en ellos. — FREITAS, arts. 4101, n° 2, y 4103. Cód. DE CHILE, art. 611. AUBRY y RAU, § 201. — Véanse arts. 2340 á 2343, n° 1, 2349, 2350 y 2547.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2547. — L. 17, Tit. 28, Part. 3ª.



fondo del río; así, se puede pescar en el mar, el coral, el ambar, las algas marinas, etc.; pero si estas cosas fueran arrojadas por el mar á la playa, serían apropiadas por el primero que las aprehendiera. .

La pesca en canales artificiales, estanques y lagos no navegables, no podrá hacerse sin autorización del dueño de ellos, y deberá entregarse lo pescado, ó su valor en caso de no poder verificarse.

§ 715.—DE LAS COSAS SIN DUEÑO CONOCIDO.—TESOROS

Se entiende por tesoro todo objeto que no tiene dueño conocido, y que está oculto ó enterrado en un inmueble, sea de creación antigua ó reciente con excepción de los objetos que se encuentran en los sepulcros, ó en los lugares públicos, destinados á la sepultura de los muertos (art. 2551).

(**Art. 2551.**) Para que sea tesoro, es necesario que la cosa esté enterrada en el suelo, pues si se encontrare en la superficie, se consideraría como cosa perdida y sujeta á sus reglas. Nuestro artículo ha decidido la cuestión suscitada en derecho francés interpretando el art. 716, en que al definir el tesoro, dice: es toda cosa oculta ó enterrada, sobre la que nadie puede justificar su propiedad, sin expresar el lugar donde pueda encontrarse. De este silencio ha nacido la duda en derecho francés, y muchos autores enseñan, que debía extenderse á lo ocultado en las cosas muebles; lo que no puede admitirse en nuestro derecho, porque el tesoro debe estar oculto ó enterrado en un inmueble. Si la vasija en que está encerrado el objeto ó éste tuviera alguna inscripción indicando su pertenencia, no sería tesoro, y debería considerarse como cosa perdida y sujeta á sus reglas. Las palabras *oculto ó enterrado*, demuestran que la cosa ha sido puesta por la mano del hombre, con intención de guardarla ú ocultarla.

No son tesoros los objetos encontrados en las tumbas existentes en los lugares públicos, ó en los privados cuando se ha permitido por la autoridad correspondiente enterrar á los muertos en esos lugares, si se hubieren puesto con el objeto de honrar la memoria de los que fueron. Se debe tener en cuenta que los objetos encerrados en las tumbas no han sido colocados, como dice la ley romana, *rel lucri causa, rel metus, rel custodiri*: pero si dentro de una tumba se encontrasen objetos puestos.

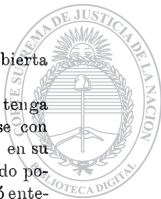


Son, pues, condiciones esenciales para que exista tesoro: 1º, que la cosa sea de algun valor; 2º, que esté oculta ó enterrada; 3º, que

allí para ocultarlos mejor, y no para honrar la memoria de los muertos, se considerarían como tesoros. No se trata en este caso de excavaciones hechas para violar las sepulturas, que importan un delito castigado por el derecho penal. Entre nosotros ha sucedido el caso de haberse recogido por orden del Intendente Municipal todas las coronas puestas al exterior de los sepulcros y enajenarlas á empresarios, profanando en cierto modo esas tumbas, y contrariando la voluntad de los que las habían depositado.

Las palabras de la oración, *antigua ó reciente* parecen aplicarse, según el artículo, al edificio ó inmueble donde se encontrase el tesoro; no obstante, todos los autores franceses entienden que se aplican á los objetos de que se componga el tesoro, y así debe entenderse. Cuando se hubieren vendido los materiales de una casa para demolerla, y al deshacerla se hubiera encontrado el tesoro oculto dentro de los muros, no será del comprador, porque no es dueño del inmueble, y lo que ha comprado son cosas muebles, es decir, los materiales provenientes de la demolición; el tesoro no puede considerarse como parte de esos materiales; así, la mitad correspondería al dueño del terreno. Se dijo que no eran tesoros los objetos encontrados en los sepulcros, y debemos agregar, en cualquier lugar dondese encuentren esos sepulcros, aunque no sean públicos ni estén destinados á sepulturar á los muertos, pues el artículo exceptúa claramente: 1º, los objetos encontrados en los sepulcros; 2º, los objetos encontrados en los lugares públicos destinados á sepulturar á los muertos. Basta que el lugar público esté destinado á enterratorio para que en general los objetos encontrados no se consideren como tesoros.—Comp. DEMOLOMBE, XIII, n° 48. AUBRY y RAU, § 201, DURANTON, IV, n° 311. PROUDHON, *Dominio privado*, n° 398. ZACHARIE, § 294, nota 7. FREITAS, arts. 4106 y 4107. CÓD. DE CHILE, art. 625.—Véanse arts 2343, n° 5, 2550 y 2553.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2551.—L. 45, Tit. 28, Part. 3ª.—Aubry y Rau, § 201.—Duranton, tom. 4, n° 311.—Proudhon, *Dominio privado*, n° 398. Zacharie, § 294, y nota 7.—La Ley Romana es la fundamental en la materia. La Instituta dice: «El Emperador Adriano, siguiendo la equidad natural, ha querido que los tesoros pertenezcan al que los hubiese encontrado en su fundo. Ha querido también que pertenezcan al que los hubiese encontrado en un lugar religioso ó sagrado, pero respecto de aquellos tesoros que se encuentran en un fundo ajeno por casualidad, y sin haberlos buscado, los ha dividido entre el propietario del fundo y el que los hubiere encontrado. Ha ordenado que si alguien encuentra un tesoro en un fundo del dominio imperial, la mitad



nadie pueda justificar la propiedad; 4º, que la cosa sea descubierta por azar.

Á la primera condición puede agregarse esta otra: que tenga la señal de un dominio anterior y no pueda confundirse con un producto de la tierra; en una palabra, que se distinga en su individualidad propia, pues de otro modo el dueño del fundo podría demostrar fácilmente, que el objeto no ha sido oculto ó enterrado sino que forma parte del suelo.

La segunda condición se aplica sólo á las cosas encontradas en los inmuebles. Cuando se dice, *todo* objeto, es porque se comprenden las monedas, medallas, alhajas, piedras preciosas, etc.; es decir, toda cosa mueble susceptible de valor.

Es necesario que persona alguna pueda justificar la propiedad del tesoro, pues de lo contrario no sería tesoro; el dueño ó sus herederos podrían reclamarlo si estuviera en poder del que lo encontró, ó su valor en caso no pudiera hacerse la devolución salvo la prescripción.

La prescripción para adquirir, aunque no está señalada para las cosas muebles, debe seguir la de los inmuebles como se dijo en la nota 2412, teniendo presente que la posesión es el título.

El tesoro debe ser descubierto por casualidad ó azar, porque si alguno indicase el lugar donde está oculto, su adquisición no podría hacerse, desde que tiene dueño. Esta no es una condición relativa al tesoro sino al inventor ó descubridor.

El tesoro no se puede considerar como una parte integrante del suelo donde se encuentra, ni como un accesorio de él; pero *el que hallare un tesoro oculto ó enterrado, en casa ó fundo propio, adquiere el dominio de él (art. 2550).*

(**Art. 2550.**) Se ha discutido entre los autores, si el tesoro encontrado por el propietario en el inmueble comprado bajo condición resolutoria, debe devolverse con la propiedad una vez resuelta la venta por el cumplimiento de la condición; Pothier, D'Argentré, Ferrières y Proudhon, han sostenido la negativa, y Demolombe, Duranton, Duvergier, Tro-

pertenezca al inventor y la otra mitad al emperador; y por esto, si alguno encuentra un tesoro en un fundo perteneciente al fisco, al pueblo ó una villa, la mitad será para el que lo hubiese hallado, y la otra mitad pasará al dominio del pueblo, ó de la villa, al cual el fundo pertenezca. (Lib. 2 Tit. 1, § 39).

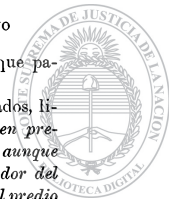


¿A qué título lo adquiere el dueño del suelo? Como inventor en una parte, y la otra porque se supone oculto por los causantes del propietario actual, pues de ordinario sólo se ocultan las cosas en su propio terreno, ó porque el tesoro se puede considerar como un beneficio del fundo, una especie de derecho de acesión; y esas son igualmente las razones por que se atribuye al dueño del suelo la mitad del tesoro descubierto por un extraño.

No se consideran tesoros los objetos que se hallaren en las tumbas, aunque éstas se encontrasen en lugares privados y no destinados á contener restos humanos, porque la ley se refiere á las cosas con un valor comercial, ocultas para conservarlas y volverlas á tomar á voluntad, como objetos de comercio y de transacción; sin embargo, el que haciendo excavaciones en su propio terreno hallase medallas, urnas, candelabros ú objetos de valor pertenecientes á pueblos que han desaparecido, adquirirá la propiedad de ellos, aunque se ha acostumbrado entregarlos á los museos para el estudio de las antigüedades, y á ese título es que se encuentran en estos, ó en las colecciones de los sabios, así como las

plong y Marcadé, la afirmativa, obligando al comprador á devolver el tesoro con el inmueble, decisión que me parece conforme con los principios siempre que se haga la distinción siguiente: si el tesoro ha sido encontrado por un extraño y se le ha dado la mitad como á dueño del suelo, deberá devolver esa mitad; si fué encontrado por el mismo propietario cuyo derecho ha quedado resuelto, no deberá entregar el todo, porque la mitad le corresponderá como inventor ó descubridor. ¿Debe dar parte á la autoridad del hallazgo? No lo creo; ninguna ley lo obliga; si fuera el propietario del terreno el que lo descubrió, lo ha hecho suyo; si por el contrario fuera un tercero extraño el que lo halló casualmente, ó si fuera poseedor imperfecto, su obligación se limita á dar conocimiento al dueño del terreno y dividir con él su valor. — Comp. MARCADÉ, al art. 1673, n° 2. DEMOLOMBE, XIII, n° 46, ter. DURANTON, XVI, n° 425 y TROPLONG, *Venta*, n° 767. Cód. DE CHILE, art. 626. FREITAS, art. 4112, n° 1. — Véanse arts. 2343, n° 5, 2403, 2518, 2520, 2551, 2553, 2564 y 2565.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2550. — L. 45, Tit. 28, Part. 3ª. — Véase la L. 2, Tit. 12, Lib. 8, Rec. de Indias. — Cód. Francés, art. 716. — Zachariæ, § 294, n° 4.



monias ó utensilios de toda clase, de las generaciones que pasaron.

Para impedir que los propietarios puedan ser molestados, limitando su derecho, la ley *ha prohibido buscar tesoros en predios ajenos, sin licencia del dueño, ó del que lo represente, aunque los posea como simple tenedor; pero el que fuere co-poseedor del predio, ó poseedor imperfecto, puede buscarlos, con tal que el predio sea restituído al estado en que se hallaba; (art. 2552);* pero en nada alterará el derecho del propietario cuando se encontrare el tesoro buscado, pues como dueño del terreno, tendrá la mitad si fuera encontrado por aquel á quien se hubiera dado permiso.

Cuando el que lo buscaba era co-poseedor; es decir, poseía con otro la cosa para sí y con ánimo de dominio, no necesita permiso alguno; salvo el derecho de sus co-poseedores para que no les impida ejercer las facultades propias y anexas á su posesión, así como la de tomar la mitad del tesoro encontrado. Por nuestro Código se llama poseedor *imperfecto*, al usufructuario, usuario ó con algún derecho real sobre la cosa.

Tesoro es todo objeto oculto que no tiene dueño conocido, y

(**Art. 2552.**) Ni el locatario, depositario, ni cualquier otro que sea simple tenedor de la cosa, puede buscar tesoros en el inmueble que detentan, so pena de perder el derecho que les correspondería como descubridores. El artículo se refiere al co-poseedor del predio y al poseedor imperfecto, y algunos han pretendido que habla del propietario en el primer caso, y del usufructuario, usuario, etc., en el segundo; pero al estudiar el art. 2557, demostramos el error. Co-poseedor, en este caso, es el que posee con otro la cosa como dueño, ejerciendo en ella actos de dominio; en ese carácter, no necesita permiso de nadie, y la busca de un tesoro es uno de tantos actos del dominio que ejercita; pero si es vencido en la propiedad de la cosa, y como poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos hasta el momento de la demanda, no hará suyo el tesoro que no es fruto ni producto, y deberá devolver la mitad, si él lo descubrió, ó lo que se le hubiere entregado como á dueño del inmueble si otro fuera el descubridor. Freitas, art. 4110, exceptúa el caso en que el cónyuge buscase el tesoro en el inmueble del otro cónyuge, de que fuera administrador, y así debe entenderse por nuestro derecho. — COD. DE CHILE, art. 626. FREITAS, arts. 4109 y 4110. GONZALEZ, art. 395. — Véanse arts. 2516, 2556 á 2559 y 2561.



no habrá tesoro en la verdadera acepción jurídica, cuando la cosa oculta tuviera dueño y *si alguno dijere que tiene un tesoro en predio ajeno, y quisiera buscarlo, puede hacerlo, sin consentimiento del dueño del predio, designando el lugar en que se encuentra, y garantizando la indemnización de todo daño al propietario (art. 2553)*; pero si el dueño se negare á permitir las excavaciones, puede hacerse autorizar sumariamente por la justicia para hacerlo. Durante los trámites para la autorización, desde el momento que el dueño del tesoro la solicitó para buscarlo, el propietario del terreno no podrá hacer excavaciones con el mismo objeto, y si lo hiciera, encontrando el tesoro, deberá devolverlo á su verdadero dueño, que puede justificar su propiedad por todo género de prueba.

(**Art. 2553.**) La redacción del Cód. Chileno, art. 627, es más propia que la de Freitas, art. 4111, de donde fué tomado el nuestro, porque si alguien pretendiera buscar alhajas ó dinero oculto en predio ajeno, no se trata entonces de un tesoro, desde que tiene dueño conocido. Así, el artículo debió decir: «Si alguno dijera que tiene dinero ó alhajas escondidas en predio ajeno, etc.» La garantía puede ser personal ó real á juicio del Magistrado escuchando al que deba sufrir los perjuicios. Esta es una limitación al dominio, pues el propietario está obligado á soportar los trabajos necesarios en el inmueble. Cuando fuere el propietario mismo que buscare lo escondido en su predio, perjudicando al inquilino, puede ser eximido de la fianza ó garantía de la indemnización, pues la propiedad es bastante para garantir los perjuicios causados. Si el que ha buscado los objetos escondidos señalando el lugar en que los dejó no los encuentra, ¿podrá volver á indicar otro lugar? Creo que sí, porque la ley no ha fijado el límite á su derecho, y si paga todos los daños y perjuicios causados, su acción no produce daño en realidad. ¿El inquilino tendrá derecho para oponerse á las excavaciones, cuando no se le hubieron garantido los perjuicios? ¿A quién deberá citarse para el juicio en caso de oposición? El Cód. Chileno, Freitas y nuestro artículo hablan del dueño que debe dar su consentimiento y exigir la garantía, porque suponen que él posee la cosa; pero si otro la tiene á nombre del dueño, como el inquilino, creo que ambos deben concurrir, el uno por los perjuicios que puedan causar á la cosa misma, el otro por la perturbación que sufra en sus trabajos ó la disminución del alquiler durante ese tiempo.—Véanse arts. 2552, 2564 y 2565.



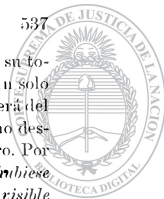
Si hechas las excavaciones no se encontrara el tesoro en el lugar designado, el dueño podrá indicar otro bajo las mismas condiciones de pagar las indemnizaciones y perjuicios, y deberá permitírsele su busca.

§ 716. — DE LAS COSAS SIN DUEÑO CONOCIDO. — DESCUBRIDOR DEL TESORO

Repútase descubridor del tesoro al primero que lo haga visible, aunque sea en parte, y aunque no tome posesión de él ni reconozca que es un tesoro, y aunque haya otros que trabajen con él (art. 2554), basta, pues, hacerlo visible en parte, para conside-

(Art. 2554.) Se habla aquí del que lo ha descubierto por casualidad, porque en caso de buscarlo sin consentimiento del dueño del terreno, pierde su derecho de descubridor. Es uno de los casos de excepción en los modos de adquirir la propiedad, no basta verlo ni tomarlo, es necesario haberlo descubierto, aunque ignorase que era un tesoro. Cuando la persona que lo ha descubierto, trabajaba en el fundo ajeno, no hay dificultad, adquiere la mitad el descubridor: pero cuando se ha encontrado en fundo propio por trabajadores que el propietario mismo emplea, es necesario distinguir: si los empleó en buscar el tesoro será del propietario en su totalidad; si hacían otros trabajos, aunque les hubiese anunciado la posibilidad de encontrar algún tesoro, adquirirán la mitad. Si muchos trabajadores se han asociado para realizar una obra y uno de ellos descubre por casualidad un tesoro, será descubridor sólo el que lo hubiese encontrado; porque como dice Demolombe, XIII, n° 55, los obreros no se habían asociado para buscar ó para descubrir tesoros, sino para obtener los beneficios en la obra que emprendían; otra cosa sería, si con permiso del dueño del terreno se hubieran asociado para buscar el tesoro, porque hay un contrato preexistente. Freitas, art. 4105, dice: aunque no lo reconociese *desde luego*, limitación que no contiene nuestro artículo y que no se debe admitir; el que descubrió, aunque en parte, el tesoro, y no reconoció que lo fuera, no deja por eso de ser el inventor, y aun cuando por error hubiera creído que no era tesoro, contra la opinión de Freitas.—DEMOLOMBE, l. c. AUBRY y RAU, § 201, nota 3, y ZACHARIE, § 294, n° 4.

Demante dice, que el legislador habría tonido en vista no tanto el



rarse descubridor, aunque otro lo tomase descubriéndolo en su totalidad; sin embargo, se debe distinguir: si se tratare de un solo y único objeto descubierto, ó de varios; en el primer caso será del que lo hizo visible; pero si á su lado hubiera otro ú otros, no descubiertos aún, no se reputarán del que descubrió el primero. Por eso se dice, que *si en el mismo lugar, ó inmediato á él, hubiese otro tesoro, el descubridor será el que primero lo hiciera visible (art. 2555)*; así, en un lugar habrá tantos tesoros como objetos, si es que todos no se descubren al mismo tiempo; la propiedad de cada uno será atribuida según vayan descubriéndose.

Cuando varias personas hicieran un trabajo común, como la demolición de un edificio, por ejemplo, y todos hubieran contribuido á voltear la pared que viene á dejar descubierto el tesoro, serán descubridores los que hubieren hecho el trabajo; pero si por el contrario, uno de ellos lo pusiera en descubierto, será él únicamente el que recibirá la mitad.

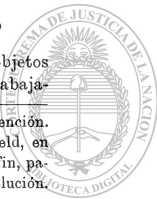
El derecho del descubridor del tesoro no puede ser invocado sino respecto de los tesoros encontrados casualmente. Tampoco puede ser invocado por el obrero, al cual el propietario del predio le hubiese encargado de hacer excavaciones buscando un tesoro, ni por otros que lo hicieren sin autorización del propietario. En estos casos, el tesoro hallado pertenece á éste último (art. 2561); pero

derecho del primer ocupante, cuanto favorecer la revelación que pone en circulación una riqueza enterrada y perdida para todo el mundo.

(**Art. 2555.**) Este artículo es una consecuencia del anterior, y de la definición del tesoro dada por el art. 2551; por consiguiente, el que descubrió un objeto enterrado es inventor de ese tesoro, si otro buscare en el mismo lugar y descubriera otro será descubridor del nuevo; y en el mismo lugar donde hubiere varios pueden ser descubridores cada uno de los que hayan puesto á la vista un nuevo objeto; pero si éstos estaban contenidos en caja ó cosa semejante, el que la descubrió será el inventor del todo. — DEMOLOMBE, XIII, n° 55. FREITAS, art. 4105.

(**Art. 2561.**) Se suscita la cuestión de si el poseedor de buena fe que ha buscado un tesoro en el fundo que creía de su propiedad, debe devol-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2554.—Aubry y Rau, § 201, n° 3.—Zachariae, § 2°4, n° 4.



si éstos hicieran trabajos no permitidos por el dueño, con objetos completamente diversos, ó si el propietario empleara los trabaja-

verlo en su totalidad al vencedor, ó si goza del derecho de invención. Nuestro Código no resuelve la cuestión; pero el Dr. Velez-Sarsfield, en la nota al art. 2444, tomada del texto de Auby y Rau, § 206, al fin, parece inclinarse á la opinión de estos autores, que sostienen la devolución. Me parece más conforme á los principios y á la justicia la opinión contraria enseñada por Demolombe, XIII, 53, y sostenida por mí en el art. 2556. En efecto; si suponemos que el poseedor de buena fe ha permitido á un extraño buscar un tesoro, y éste lo ha encontrado; recibiendo la mitad que le corresponde como dueño del suelo; si después es vencido en la propiedad y debe entregarla, lo hará con lo recibido por el hallazgo; pero á nadie se le ocurre que el inventor del tesoro que tomó la mitad deba devolverla al nuevo propietario; y si el tercero debe ser considerado como descubridor, ¿por qué no lo sería el mismo propietario? ¿Por qué no sería considerado entonces como tercero? El error proviene, á mi juicio, de considerar que no hay hallazgo; que la casualidad desaparece, por el mero hecho de buscarse el tesoro. ¿Se tiene acaso la certeza de encontrarlo? No, seguramente, porque otro pudo encontrarlo primero, ó porque el mismo dueño pudo cambiarlo; en una palabra, la incertidumbre existe, con mayor razón si no se sabe quién lo enterró, ni donde fué ocultado. El tesoro hallado por el propietario, aun en caso de buscarlo, lo hace suyo á título de inventor en su mitad, y á título de dueño del suelo en su otra mitad. El hecho de buscarlo no quita el carácter de hallazgo, y si disminuye lo fortuito del caso, no por eso hace cierto el encuentro. Y la prueba de que siempre hay tesoro aunque se busque, es decir, hay inventor ó descubridor, es que la ley misma le da la mitad como descubridor al que lo busca con permiso del dueño del fundo; luego la privación del derecho de invención en el caso contrario es sólo con el objeto de que los extraños no sean tentados á molestar á los dueños de los terrenos con excavaciones en busca de tesoros; es más bien una pena impuesta que un derecho negado. No habría justicia en negar al poseedor de buena fe, lo que se concede á un extraño. Si el usufructuario ó usuario pueden buscarlo y lo hacen suyo en la mitad, ¿por qué no podría hacerlo el que se cree dueño? Hay tesoro aunque se busque, porque lo fortuito y la suerte obran siempre, aunque en un radio más limitado; el art. 2552 no le quita el carácter de tesoro, ni lo fortuito del hallazgo, por el hecho de buscarlo.

En general, se puede decir, que el derecho del descubridor no puede ser invocado sino respecto de los tesoros encontrados casualmente; pero



dores con otros fines, no será propietario del todo; así, cuando *el obrero, que trabajando en un fundo ajeno encontrare un tesoro, tendrá derecho a la mitad de él, aunque el propietario le hubiere anunciado la posibilidad de hallar un tesoro (art. 2562).*

si la busca hecha con permiso del dueño no le quita ese carácter, y el poseedor de buena fe goza del derecho de descubridor cuando halló el tesoro sin buscarlo, no hay ley que se lo quite, por el hecho de haberlo buscado; la cuestión podría suscitarse con razón cuando ha sido poseedor de mala fe, en cuyo caso aceptaría la opinión contraria.

Pothier, *Propiedad*, n° 65, dice: «si alguno hubiese hecho, sin consentimiento del propietario, excavaciones en su campo para buscar un tesoro, y lo hubiese encontrado, no tendrá parte alguna, porque no debe sacar provecho del delito que ha cometido»; es, pues, más bien una pena impuesta, no la negativa de que haya verdadero tesoro, ni inventor. Y así lo expresa claramente el art. 425 del Cód. de Portugal y Freitas, art. 4121. El Cód. Chileno, art. 626, es más claro que el nuestro: «el descubridor no tendrá derecho a su porción, sino cuando el descubrimiento sea fortuito, ó cuando se haya buscado el tesoro con permiso del dueño.» Toullier, IV, n° 35: «cuando el propietario hace buscar tesoros en su propiedad, es necesario que tome precauciones para probar el hecho, porque el descubridor puede alegar su derecho de invención.»

(**Art. 2562.**) Cuando el propietario hace trabajos en su propiedad, sin tener el determinado objeto de buscar un tesoro, aunque prevenga a los trabajadores y les encargue de fijarse bien, porque pueden encontrar un tesoro, esas advertencias no privarán de su derecho de descubridor al que lo hubiese encontrado. Es necesario, pues, que el objeto de los trabajos sea la busca del tesoro; sin embargo, según la clase de trabajos, pueden tener ese u otro objeto. Será en todo caso una cuestión de hecho que los jueces resolverán según las circunstancias de cada caso, teniendo presente que siempre debe encontrarse una voluntad claramente expresada de buscar el tesoro.—AUBRY y RAU, § 201, texto a la nota 35. DEMOLOMIE, XIII, n° 50. DURANTON, IV, n° 315.—Véanse arts. 2556, 2559, 2561 y 2563.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2561.—L. 45, Tit. 28, Part. 3ª.—Cód. Francés, art. 552.—Ley única, Cód. Romano, *De thesauris*.—Aubry y Rau, § 201.—Pothier, *De la propiedad*, n° 65.—Duranton, tom. 4, nos 316 y 317.—En contra, Toullier, tom. 4, n° 35.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2562.—Zachariae, § 294, nota 14.—L. 45, Tit. 28, Part. 3ª.



El descubridor que quisiera apropiarse de todo el tesoro, sin dar participación al dueño del terreno, podrá ser acusado como culpable de robo, según los casos; pero no perderá por esa razón sus derechos como descubridor.

El derecho del descubridor no puede ser invocado sino respecto de los tesoros encontrados casualmente, pues los buscados por las personas que los escondieron, les pertenecen y serán del propietario del fundo, cuando terceros lo buscasen sin consentimiento de éste; en uno y otro caso no hay verdadero hallazgo.

Tiene también derecho á la mitad del tesoro hallado, el que emprendiese trabajos en predio ajeno, sin consentimiento del propietario, con otro objeto que el de buscar un tesoro (art. 2563), salvo la obligación de pagar los daños y perjuicios por los trabajos hechos en el predio ajeno.

§ 717.—DE LAS COSAS SIN DUEÑO CONOCIDO.—PROPIEDAD DEL TESORO

El derecho de inventor ó descubridor de un tesoro se reglará de la manera siguiente: 1º, si se ha buscado en terreno ajeno sin consentimiento del propietario, el tesoro pertenecerá á este último; 2º *el que halla (casualmente) un tesoro en predio ajeno, es dueño de la mitad de él. La otra mitad corresponde al propietario del predio (art. 2556);* 3º, el obrero que trabajando en un fundo

(**Art. 2563.**) Porque la ley ha querido prohibir la busca de tesoros en la propiedad ajena, y como una pena le priva del derecho de invención. En el caso del artículo no se buscan tesoros, y por consiguiente, la pena no debe aplicarse, pero no es porque no haya tesoro como algunos creen.—ZACHARIE, § 294, nota 13, y AUBRY y RAU, § 201, nota 31.

(**Art. 2556.**) El que ha descubierto un tesoro en su propio terreno es dueño de él ¿pero á qué título? ¿Es como dueño del terreno, ó como descubridor del tesoro? La cuestión tiene su importancia real, porque en el primer caso, tondría que devolverlo en su totalidad, si resultase que la propiedad no le pertenecía: en el segundo conservaría su derecho de descubridor. Para mí, toma todo el tesoro: la mitad como descubridor y

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2563. — Aubry y Rau, § 201.—Zacharie, § 294, nota 13.



ajeno encontrar un tesoro, tiene la mitad de él si no se le hubiera empleado en buscar el tesoro; 4º, *si sólo es co-poseedor, hará suyo por mitad del tesoro que hallare, y la otra mitad se dividirá entre todos los co-poseedores, según su porción en la posesión (art. 2557)*;

la otra mitad como dueño del suelo; porque si otro lo hubiera encontrado, dándole la mitad como á dueño del terreno, esa mitad tendría que entregarla vencido en la propiedad; pero sólo debería la mitad, si él mismo lo hubiese descubierto, porque entonces su derecho de descubridor quedaría reducido al que encuentra el tesoro en terreno ajeno. Este modo de considerar la cuestión salva todas las dificultades que puedan ocurrir en la aplicación de estos principios. No se hace distinción entre el poseedor de buena ó de mala fe, que para el caso del derecho de invención son considerados como extraños á la propiedad de la cosa. Pero si el poseedor de mala fe ha hecho trabajos en busca del tesoro y lo ha encontrado, no se puede considerar como el que lo busca sin autorización del propietario, ni pierde su derecho de descubridor; pero cuando un tercero hubiere descubierto un tesoro, entregándole la mitad como á dueño del suelo, deberá restituir lo recibido con los frutos percibidos y los que hubiera dejado de percibir, así como á indemnizarlo los frutos civiles que la cosa habría podido producir.—Arts. 2438 y 2439.

Cuando la totalidad del tesoro hubiese correspondido al propietario por haberlo buscado, el que lo encontró, sin su consentimiento, deberá entregarlo al vencedor y verdadero dueño del suelo.

¿Se puede prescribir el tesoro? No hay prescripción especial para las cosas muebles, pero sí existe la de la acción personal y de la real, y cualquiera de ambas que se le aplique resultará que puede prescribirse por 10 ó 20 años. El poseedor de mala fe no debe los intereses, daños y perjuicios, porque su obligación es relativa á la percepción de frutos, así como á bonificar el valor íntegro de los muebles de que hubiere dispuesto.—Comp. Cód. FRANCÉS, art. 716. Cód. DE CHILE, art. 626. FREITAS, art. 4124. POTHIER, *Propiedad*, n° 65. AUBRY y RAU, § 201, texto y notas 26, 32 y 33 y DEMOLOMBE, XIII, n°s 42 y sig.

(**Art. 2557.**) Este artículo, á pesar de su clara redacción, ha dado lugar á dudas, y se ha creído que la palabra *co-poseedor* importaba la de co-propietario, y el Dr. Segovia ha corregido en este sentido el texto del artículo en su Cód. Civil Anotado. Por más respeto que nos inspire la



pero no se debe confundir este caso con el del co-propietario y de sus co-propietarios pro-indiviso, con relación al tesoro descubierto en el terreno que les pertenece; 5º, *si es poseedor imperfecto, como usufructuario, usuario, con derecho real de habitación, ó acreedor anticresista, la mitad corresponderá al que hallare el tesoro, y la*

opinión siempre meditada de tan ilustrado autor, creo que el texto no debe corregirse.

La filiación del artículo es el 4112, nº 2, de Freitas, donde este autor habla de la posesión perfecta é imperfecta, llamando á la primera, cuando el poseedor tuviere la intención de ser dueño ó condómino perfecto de la cosa, y la segunda cuando tuviere la intención de ser dueño ó condómino imperfecto, ó de ejercitar sobre la cosa ajena un derecho real. — Art. 3713.

Esas diferencias en la posesión no son conocidas en nuestro derecho; pero se pueden aplicar según los casos. La posesión se adquiere por la aprehensión con ánimo de tener la cosa como suya; esto independientemente del título ó del derecho que se pueda tener á la cosa; así, cuando esa posesión se ha adquirido por la tradición con título translativo, produce la propiedad; cuando no existe tradición ni título, la propiedad sólo puede adquirirse por la prescripción. Es de esta posesión y del derecho que ella atribuye de la que habla el artículo; si la posesión de la cosa es con intención de tenerla para sí, y la posee en común con otros, cualquiera de ellos que descubra el tesoro tiene su derecho de descubridor como si fuera un extraño: es decir, la mitad, y en la otra mitad ejerce los derechos de dueño del suelo que se atribuye en común con sus co-poseedores y según su porción. Esto no excluye que lo mismo deba observarse cuando fueran co-propietarios, porque entonces son co-poseedores á la vez; pero si cambiáramos la disposición refiriéndola al co-propietario y á los condóminos, no podríamos aplicarla á los que son únicamente poseedores con ánimo de hacer suya la cosa, y no propietarios.

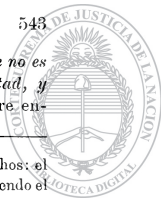
No es exacto que el tesoro no pertenezca al poseedor, como se afirma (aunque deba devolverlo si es vencido en la propiedad), cuando ese poseedor tiene el inmueble con intención de poseerlo para sí y ejerce los derechos de dueño, y como á tal le corresponde la mitad, si otro lo ha encontrado en su terreno; el descubridor no podría contestarle su derecho exigiéndolo su título de propiedad, pues le bastaría demostrar que ejerce sobre la cosa actos de dominio y que la tiene para sí. — FREITAS, arts. 3713 y 4112, nº 2.

otra mitad al propietario (art. 2558); 6º, si un tercero que no es poseedor imperfecto halla el tesoro, le corresponderá la mitad, y la otra mitad al propietario (art. 2559), siempre que fuere en-

(Art. 2558.) En el hallazgo del tesoro sólo hay dos derechos: el del dueño del suelo, y el del descubridor; por consiguiente, no siendo el usufructuario, usuario, etc., dueños del inmueble son considerados como cualquier inventor extraño, con esta única diferencia: que pueden buscar el tesoro sin permiso del dueño, haciendo suya la mitad si lo encontraren; lo que prueba la verdad de la tesis sostenida en el artículo 2561, de que el poseedor de buena fe hace suya la mitad del tesoro buscado. —FREITAS, art. 4112, nº 3.

(Art. 2559.) La redacción de este artículo demuestra la necesidad de mantener la del art. 2557 que habla del co-poseedor del fundo en sus relaciones con sus co-poseedores. En efecto; no es poseedor imperfecto quien posee la cosa de buena fe como dueño, y es vencido en la restitución de ella; no debe sino la mitad del tesoro al vencedor, conservando la otra mitad como inventor. Hay que hacer esta diferencia, que Freitas trae en sus arts. 4113 y 4125 y que se ha criticado sin razón: si el poseedor es de buena fe, sólo deberá la mitad del tesoro encontrado aunque lo hubiera buscado, tomando la otra como descubridor; si es poseedor de mala fe y lo encontró *casualmente*, sin buscarlo, también conservará la mitad como descubridor; pero si lo buscó, deberá restituirlo en su totalidad. Y la diferencia se justifica, porque el poseedor de mala fe, sabe que la cosa no le pertenece, y si busca el tesoro sin el permiso del dueño y lo encuentra, pertenece á éste en su totalidad. Si, pues, es indiferente que sea poseedor de buena ó mala fe cuando se encuentra *casualmente*, no lo es cuando se le ha buscado; el que se creía dueño ha ejercido un derecho propio, mientras el que sabía que no lo era, ha cometido un acto ilícito, y no debe aprovecharse de él. En el único caso, pues, en que el poseedor de mala fe puede invocar el derecho del descubridor, es cuando encontró el tesoro por casualidad.

El presente artículo se refiere al simple tenedor ó al tercero extraño; pero puede aplicarse á los que creyéndose dueños del terreno dejan de serlo por la reivindicación. El propietario vencido entrega la cosa tal como se encuentra, haciendo suyos los frutos percibidos; pero como el tesoro no es un fruto, ni forma parte de la cosa misma, porque es extraño á la naturaleza de ella; debe devolver lo recibido como poseedor de buena fe; pero conserva la mitad como extraño.





contrado casualmente; con la diferencia hecha en la nota; 7º, si es el dueño del terreno el que lo encontrase, será de él en su totalidad; 8º, *el tesoro encontrado por el marido ó la mujer en predio de uno á de otro*, corresponde á ambos como ganancial (**art. 2560**, 1ª parte); 9º, si un tercero hallase el tesoro *la parte que correspondiese al propietario del tesoro hallado por el tercero en predio del marido ó de la mujer, corresponden á ambos como ganancial* (**art. 2560**, 2ª parte); 10º, *el que emprendiese trabajos en predio ajeno, sin consentimiento del propietario, con otro objeto que el de buscar un tesoro, tiene derecho á la mitad del tesoro hallado* (**art. 2563**); 11º, el tesoro buscado con consentimiento del dueño del terreno, corresponde por mitad al que lo encontró.

(**Art. 2560.**) Pueden ocurrir estos casos: 1º, que el inmueble sea de uno de los cónyuges; 2º, que sea de ambos; 3º, que encuentre el tesoro cualquiera de los cónyuges en el inmueble propio ó común; 4º, que un extraño encuentre el tesoro en el inmueble de uno ó de ambos cónyuges; 5º, que uno de los cónyuges encuentre el tesoro en un fundo ajeno. En cualquiera de estos casos el tesoro debe considerarse como ganancial. El artículo no legisla sino los casos 1º, 3º y 4º, pero la doctrina debe comprender los demás. Así, cuando el tesoro es encontrado por cualquiera de los cónyuges en su propio terreno, como ha sido una casualidad ó suerto, les corresponde como ganancial, según el art. 1272, § 3, y no habría razón para alterar esta regla, cuando hubiera sido en terreno ajeno; porque si el extraño que hallare el tesoro da la mitad al propietario del suelo y debiera ser de éste, la naturaleza de la sociedad conyugal hace que cualquier ganancia obtenida sin menoscabo del inmueble ni de su valor, éntre como ganancial en la sociedad. Lo mismo sucederá cuando uno de los cónyuges encontrare el tesoro en fundo ajeno, porque siempre es una ganancia fortuita.—Comp. DEMOLOMBE, XIII, 44 y 45. FREITAS, art. 4115.

El Cód. Chileno, art. 1731, establece que el tesoro hallado por uno de los cónyuges no es ganancial.

Se debe entender que estos principios rigen mientras dura la sociedad conyugal, y si ha cesado por muerte ó por separación de bienes, no tienen aplicación.

(**Art. 2563.**) (Véase pág. 540.)



§ 718.—DE LAS COSAS SIN DUEÑO CONOCIDO. — PRUEBA DE LA
PROPIEDAD DEL TESORO

El tesoro no puede considerarse como *res nullius*, cuya propiedad se adquiere por el primer ocupante; ni tampoco como una cosa abandonada, *pro derelicto*; porque el que la ocultó lo hizo con la intención de guardarla, y no de dejarla para el primer ocupante.

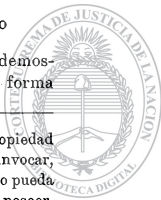
El tesoro encontrado se reclamará por el que justificare su propiedad, y puede hacerlo, no sólo inmediatamente, sino durante el término ordinario de los 10 y 20 años porque se prescriben las acciones reales, y también las personales.

¿Qué clase de pruebas pueden darse? *Se puede justificar la propiedad del tesoro hallado por el que se dice dueño, por testigos, presunciones, ó por cualquier otro género de prueba (art. 2564);*

(Art. 2564.) La prueba de que lo encontrado no es tesoro es una cuestión de hecho, y corresponde á los jueces resolverla según cada caso. Se trata de un hecho simple, como es la ocultación de una cosa que el propietario tenía derecho para hacer, y por consiguiente, su prueba no puede restringirse á la de los actos jurídicos ó contratos; así puede demostrarse por testigos, no, que presenciaron la ocultación, porque eso rara vez puede hacerse ante otros, sino que sabían se había realizado, ó conocieran la cosa encontrada; por presunciones, como en los casos del artículo siguiente, tratándose de cosas modernas ó de reciente origen. El dueño puede demostrar que era una cosa perdida que se le hubiera enterrado ó escondido; pero entonces el descubridor tiene derecho á una recompensa por el hallazgo. La prueba debe darse por el que reclama la cosa encontrada.

¿El tesoro puede reclamarse en cualquier tiempo? ¿Es imprescriptible esta acción? Así lo han creído algunos, y parece desprenderse de la nota del Dr. Velez-Sarsfield, al art. 3948; pero no creo que esta opinión pueda sostenerse, ni que importe esa conclusión la nota á dicho artículo, que dice: en las cosas muebles, valien lo la posesión por título, «no tenemos prescripción de cosas muebles», citando en apoyo á Zachariæ, § 849, nota 5.

En mi opinión el Dr. Velez-Sarsfield ha querido expresar lo que este autor dice en el texto: que el principio de que la posesión vale por

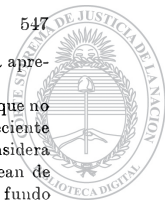


porque es de tal naturaleza, que generalmente no podrá demostrarse por escrito; y el hecho no es posible sujetarlo á la forma

título, importa decir, que la simple posesión equivale á la propiedad *definitivamente* adquirida, y que el poseedor sin necesidad de invocar, sea un título, sea la usucapión, y sin que el pretendido propietario pueda ser admitido á la prueba contraria, puede por el sólo hecho de poseer, rechazar toda acción de reivindicación intentada en su contra.» Esto no quiere decir, que la posesión opera una prescripción *instantánea*, sino que hace al poseedor propietario definitivo de la cosa; y en este sentido se dice: «no hay prescripción en las cosas muebles, porque una vez tomada la cosa, el poseedor puede rechazar cualquiera acción, con excepción de los casos de pérdida y robo.» No haber prescripción en este sentido, no es declarar imprescriptible la acción, sino por el contrario, que existiendo la adquisición por el título, el poseedor es verdadero propietario á quien no se puede reclamar la cosa.— Véase mi nota 2412.

¿Cómo justificar esta conclusión con la del presente artículo que autoriza al dueño del tesoro á probar su propiedad? Considerando las cosas como perdidas ó guardadas, que otro toma creyéndolas abandonadas. Así es como la reivindicación sería autorizada y aun justificada; pero la segunda hipótesis no podría tener lugar cuando la cosa hubiera pasado á terceros de buena fe. Si el dueño de la cosa la hubiera perdido, el descubridor no encuentra un tesoro, sino una cosa perdida y sólo tiene derecho á la recompensa; cuando sabe á dónde está y otro la descubre, éste no tiene derecho alguno. ¿Durante qué tiempo se puede deducir la acción de reivindicación en estos casos? El Dr. Segovia dice, *perpetuamente*, el Dr. Llerena, durante 30 años; por mi parte creo que es la de 10 ó 20 años que corresponde á las cosas raíces adquiridas con título. La acción para reclamar el tesoro no es *imprescriptible*, porque no está entre las declaradas tales del art. 4019, y porque el que tiene una cosa mueble es propietario de ella, á menos de demostrarle que la cosa es perdida ó robada.

No corresponde la prescripción de 30 años, porque ella se aplica á las cosas poseídas sin título, y en este caso el título es la posesión material, y si existe título correspondería la de 10 ó 20 años. La excepción hecha en la nota al art. 2412 para las cosas robadas se justifica, porque como dicen Aubry y Rau, § 210, nota 2, «no se debe admitir que al instituir la usucapión, el legislador haya tenido el pensamiento de sancionar la usurpación y la espoliación»; por esa razón hemos admitido la de 30 años para las robadas, á semejanza de la de los arts. 4015 y 4021,



exigida para los contratos. Son cuestiones que se dejan á la apreciación de los magistrados.

Entre las presunciones que tienen mayor fuerza, para que no se considere tesoro al objeto hallado, podemos colocar el reciente origen de las cosas encontradas, aunque nuestro Código considera tesoro á las cosas ocultas, que no tienen dueño conocido, sean de creación antigua ó reciente. Así, cuando se encontrase en el fundo

en que la cosa se adquiere aún con cualquier vicio de la posesión. Es necesario no confundir el título por el cual se apropia el descubridor el tesoro, que sólo tiene por objeto hacer la distribución de lo hallado, con el título de la posesión, que hace adquirir inmediatamente la propiedad. Téngase presente que la cosa perdida se convierte en cosa hurtada en los casos del art. 2539.

Se pregunta si los herederos del descubridor pueden invocar la máxima de que la posesión vale por título, para rechazar la reivindicación? En principio general, el heredero es la misma persona de su causante, y por eso hemos criticado las excepciones de los arts. 2212 y 2272, que se separan de él; no creo se pueda introducir una nueva excepción. Se parte del supuesto que no existe tesoro, pues, hay un dueño conocido que lo reclama. ¿A qué título puede retenerlo el descubridor ó sus herederos? ¿De invención ó hallazgo? No, porque eso se aplica á las cosas sin dueño conocido. — ¿De mera posesión? Sí, y el reclamante debe justificar que la cosa encontrada se le perdió ó que él la ocultó en aquel lugar para guardarla, y de allí se la han tomado. En uno y otro caso el poseedor puede alegar la prescripción de 10 años entre presentes y 20 entre ausentes, desde que la posesión es su título. No creo que los herederos puedan apropiarse de la cosa, alegando la máxima de que la posesión vale por título, pues no la pudo deducir su causante, y deben sufrir la reivindicación en los mismos términos que éste. La cosa hallada se reclama, como perdida por el dueño, ó como colocada allí por él ó su causante, y el dueño del tesoro no ejerce un derecho excepcional, sino el ordinario que tiene todo aquel á quien se le ha perdido una cosa, ó que otro se la ha tomado de donde la guardó creyéndola sin dueño. — FREITAS, art. 4108, concede la facultad de reclamar la cosa si el derecho no estuviere prescripto. — Comp. ZACHARIE, § 294, nota 9, y l. 45, tit. 28, Part. 3ª, AUBRY y RAU, § 201. — Véanse arts. 2553 y 2565.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2564. — Zacharie, § 294, nota 9. — L. 45, Tit. 28, Part. 3ª, vers. Mas.



un depósito de monedas de nueva acuñación, dice el **art. 2565**: *se presume que los objetos de reciente origen pertenecen al dueño del lugar donde se encontraren, si él hubiese fallecido en la casa que hacía parte del predio.*

Como los tesoros no forman parte integrante del inmueble donde se encuentran, porque no pueden considerarse como frutos ó productos, resulta de ahí, que *el tesoro hallado en un inmueble hipotecado, ó dado en anticresis, no está comprendido en la hipoteca, ni en el anticresis (art. 2566)*, ni en la cosa mueble dada

(**Art. 2565.**) En general serán cuestiones de hecho que se resolverán según las circunstancias de cada caso. Así, por ejemplo, si lo enterado fueren todos objetos antiguos encerrados en una vasija nueva del tiempo en que vivía el propietario, ó si los ladrillos con que estuviera cubierto el tesoro fueran de construcción reciente, ó si entre las cosas antiguas encontradas hubiera una del tiempo en que existía el dueño. La expresión, de *reciente origen*, se aplica á los objetos encontrados y á las cosas en que están contenidos esos objetos antiguos. Cuando el inventor tomó todo el tesoro sin dar cuenta al dueño del terreno donde se encontró, hemos dicho que no pierde por eso sus derechos de invención, y que sólo debe pagar la mitad de su valor, si lo halló casualmente, más los daños y perjuicios, por la usurpación; pero no creo esté obligado á pagar los intereses de todo lo descubierto, desde el día del descubrimiento, sino desde la demanda cuando los objetos son de origen reciente, porque es sólo desde la interpolación por el total que se constituye en mora. — FREITAS, art. 4108, 3. POTHIER, *Prop.* n.º 66. DEMOLOMBE, XIII, n.º 37 y Dr. SEGOVIA, Cód. Civil Anot. — Véanse arts. 2527, 2553 y 2564.

(**Art. 2566.**) Esto demuestra que el tesoro no forma parte del inmueble, que su extracción no disminuye su valor, salvo los derechos del hipotecario por las destrucciones hechas en la cosa para buscarla. Demolombe dice: (XIII, n.º 46 *bis*) es porque el tesoro no es sinó una cosa mueble que no ha formado jamás parte del fundo, es por eso que no puede ser gravado con la hipoteca, y los acreedores hipotecarios no serían admitidos á pedir que su precio les fuera atribuido con preferencia á los demás acreedores quirografarios. Debemos hacer notar, que la lógica de los principios habría conducido á atribuirles la parte que correspondiese al propietario como á dueño del suelo; pero la excepción se justifica teniendo en cuenta que lo hipotecado es el inmueble y no las

en prenda; así, los acreedores garantidos con estas seguridades no tendrán preferencia á los acreedores quirografarios.

§ 719. — DE LAS COSAS PERDIDAS
OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL QUE LAS ENCUENTRA

Es necesario no confundir las cosas perdidas con las que no tienen dueño, ó abandonadas. Las cosas perdidas no se pueden adquirir por la ocupación.

Las cosas perdidas pueden encontrarse, ó en la superficie del suelo ó enterradas sea por su propio peso ó por acontecimientos de la naturaleza en que no haya intervenido el hecho del hombre; en el primer caso nadie está obligado á tomarlas, así puede dejarlas abandonadas sin responsabilidad alguna, por eso dice el **art. 2531**: *el que hallare una cosa perdida, no está obligado á tomarla; pero si lo hiciere, carga mientras la tuviere en su poder, con las obligaciones del depositario que recibe una recompensa por sus cuidados.*

Cuando la cosa perdida fuese hallada enterrada, se puede confundir con un tesoro, y el descubridor tendrá los derechos acordados por la ley, así como el dueño del fundo donde se encontró. Si el dueño la reclamare como perdida deberá demostrar que lo fué, si su derecho no estuviere prescripto.

Las cosas perdidas, que no fueran confundidas con tesoros, no pueden ser poseídas legítimamente sino después de la venta pú-

cosas muebles, que no forman parte de él. — FREITAS, art. 4120. PROUDHON, *Dom. Priv.* I, n° 404.

(**Art. 2531.**) Se ve por este artículo que el depósito puede no ser gratuito. En realidad, no se pagan los cuidados al depositario, porque sólo tiene derecho á la prima por el hallazgo y á los gastos hechos para el transporte y conservación, hasta la entrega á la autoridad. Si hubiere hecho trabajos relativos á su profesión ó industria, necesarios para la conservación de la cosa, deberán abonárselo. — Véanse arts. 2202, 2204, 2461 y 2463.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2566. — Proudhon, *Dominio privado*, n° 404.





blica, siguiendo los procedimientos determinados, y el que hubiere tomado para sí una cosa perdida comete hurto, estando sujeto á las responsabilidades del que enajena una cosa robada.

Si la cosa enterrada hubiera sido considerada como tesoro, y resultare que fué perdida, podrá reclamarse si la prescripción de 10 á 20 años no se hubiere cumplido; porque no hay razón para considerarla imprescriptible. Se debe buscar, pues, la analogía en la prescripción de la acción, para salvarla de la regla que hace traspasar definitivamente la propiedad de la cosa mueble al poseedor.

El Cód. Chileno, art. 628, hace la distinción de los objetos encontrados, y los considera ya como bienes perdidos ó como tesoro, reglando el hallazgo según la demostración.

Nuestros artículos se refieren únicamente á las cosas encontradas en la superficie del suelo y tomadas por cualquiera.

En las cosas perdidas no existe la presunción de la propiedad, y cuando un objeto ha sido encontrado por una persona en el fundo de otra, no hay presunción en favor del dueño del fundo; lo mismo sucedería si la cosa se encontrara dentro de una casa habitación, si constase que la cosa no pertenece á ninguno de la casa ú otra persona conocida; pero el hecho de encontrarse en ella la coloca bajo la autoridad del dueño de ésta.

Cuando se encontrare una cosa perdida, *si el que halla la cosa conoce ó hubiese podido conocer quién era el dueño, debe inmediatamente darle noticia de ella; y si no lo hiciere, no tiene derecho á ninguna recompensa, aunque hubiese sido ofrecida por el propietario, ni á ninguna compensación por su trabajo, ni por los costos que hubiese hecho (art. 2532);* porque hay una sospecha de que

(Art. 2532.) Son cuestiones de hecho que los jueces resolverán según los casos, buscando la intención culpable del que halló la cosa; y que con una gran negligencia puede resultar completamente inocente en unos casos, mientras en otros, un simple descuido puede dar motivos para hacerlo responsable. Si retiene la cosa más del tiempo necesario para avisar al dueño, ó dar cuenta á la autoridad, será considerado como si la hubiera hurtado, art. 2539.

La sospecha fundada en la falta de diligencia para avisar al dueño, si lo conoce, ó cuando pudo conocerlo por la clase de objeto, le hace per-



ha querido apropiarse de la cosa, teniéndola en su poder sin dar aviso; pero esta sospecha desaparecerá, si el que la halló, la entrega á la autoridad más inmediata, y conservará así todos los derechos.

El que hubiese hallado una cosa perdida, tiene derecho á ser pagado de los gastos hechos en ella, y á una recompensa por el hallazgo. El propietario de la cosa puede exonerarse de todo reclamo, cediéndola al que la halló (art. 2533).

Si el dueño hubiese ofrecido recompensa por el hallazgo, el que lo halló puede elegir entre el premio del hallazgo que el juez regula, y la recompensa ofrecida (art. 2536, 2ª parte); pero si liu-

der la recompensa debida por el hallazgo, así como por su trabajo, y los costos; pero no por los gastos de conservación que le serán siempre debidos, aun cuando la retuviere de mala fe. ¿Y si perece la cosa en esas circunstancias? Si el juez decidiera, que no tenía derecho á la recompensa, trabajo y gastos hechos, será considerado como detentador de mala fe y estará en las mismas condiciones del art. 2436.—Véase Cód. DE CHILE, art. 631, l. 4, tít. 22, lib. 10, Nov. Rec.—Véanse arts. 2440, 2528, 2533 á 2536 y 2539.

(**Art. 2533.**) Se trata de la hipótesis del que halló la cosa y hubiere cumplido con todas las obligaciones impuestas por la ley. ¿Tendrá derecho de retención por los gastos hechos? Si conocía al dueño de la cosa encontrada, á quien le hubiere avisado y éste la reclamase, podría alegar la retención por los gastos necesarios ó de conservación y aun por la recompensa ofrecida, que es una especie de contrato; pero si la cosa hubiera sido entregada á la autoridad, la retención no puede ejercerse, pues falta la condición esencial, que es la posesión de la cosa; podría ejercer su privilegio por los gastos de conservación, así como por los determinados en el art. 2466. En caso de concurrencia de diversos acreedores, no creo se le concede privilegio por la recompensa ofrecida.—Véanse arts. 1956, 2306, 2422, 2428, 2466, 2535, 2536, 2539 y 2540.

(**Art. 2536.**) Este artículo, como el anterior, hablan de la *especie*, expresión tomada del Cód. Chileno, que desde el art. 629 hasta el 634, habla de la *especie mueble* encontrada; mientras el nuestro se ocupa de la cosa hallada desde el art. 2531 hasta el 2539, con excepción del 2535 y 2536. Antes de la venta puedo recuperar la cosa perdida, pagando los gastos de aprehensión, conservación y recompensa determinados por el juez; pero el dueño de la cosa puedo reclamar de la resolución, si cre-



biere rechazado ésta y pedido que el juez la estime, no puede tomar la primera.

§ 720. — DE LAS COSAS PERDIDAS. — PROCEDIMIENTO

El que hallare una cosa perdida y la tomare, si conoce al dueño ó pudiese conocerlo, debe avisárselo inmediatamente; *si el que hallare la cosa no supiese quién era el dueño, debe entregarla al juez más inmediato, ó á la policía del lugar, los que deberán poner avisos de treinta en treinta días (art. 2534).* El aviso deberá ser publicado en uno de los diarios de la localidad, y si no lo hubiere, se fijarán carteles en el juzgado ú oficina donde actúe el juez. Deberán designar el género ó especie de la cosa encontrada, así como el lugar y día del hallazgo, y bastará publicarlo una vez cada treinta días. Nuestro artículo no fija el tiempo por que deben publicarse los avisos, habiendo olvidado que su modelo el Cód. Chileno, art. 629, determina tres meses. En nuestro caso queda al prudente arbitrio del juez el fijarlo, no siendo menos de una vez cada treinta días.

Si en el término de seis meses desde el último aviso, no se presentare persona que justifique su dominio, se venderá la especie (la cosa) en pública subasta, y deduciéndose del producto los gastos de la aprehensión, de la conservación, y la recompensa debida al que la hubiese hallado, el remanente corresponde á la municipalidad

yere exajerada la estimación. — Cód. DE CHILE, art. 632. — Véanse arts. 2343, n° 5, 2532 y 2533.

(**Art. 2534.**) No incurrirá en falta el que la encontró, si de su cuenta pusiera avisos en los diarios buscando al dueño del objeto encontrado, ó si, como lo suelen hacer, lo depositare en la oficina de algún diario para entregarla al dueño. Poner *avisos* de 30 en 30 días, quiero decir que por lo menos deben ser dos en el espacio de 60 días, con este *mínimum* pueden proceder los jueces, según la importancia del objeto encontrado. En las Provincias, cuando se tratan de animales de marcas desconocidas, tienen sus procedimientos especiales, pero deben sujetarlos á las disposiciones del Cód. Civil, que como ley nacional prevalece sin alterar las jurisdicciones locales. — Cód. DE CHILE, 629. — Véanse arts. 2343, 2528, 2532 y 2535.



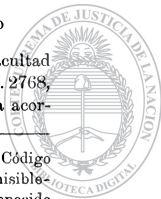
del lugar en que se halló la cosa (**art. 2535**), habiéndose separado en esta parte de su modelo el Cód. Chileno, art. 630, y de las leyes francesas, siguiendo el principio consagrado, de que las cosas cuyo dueño no se conoce, con excepción de los tesoros, pertenecen al Estado; es decir, á la comunidad representada por éste y que no debe compartir su propiedad con el que halló la cosa.

Si apareciese el dueño, antes de subastada la especie (cosa) *será restituida pagando los gastos, y lo que á título de recompensa adjudicare el juez, al que halló la cosa* (**art. 2536**, 1ª parte). Para la adjudicación de la recompensa, el juez debe tener en cuenta las circunstancias especiales del hallazgo, la probabilidad de haberla perdido ó encontrado, el valor ó importancia de la cosa y en fin, todas aquellas circunstancias que aumenten ó disminuyan el valor del servicio hecho.

Subastada la cosa queda irrevocablemente perdida, para el dueño si no prefiere pagar todos los gastos y el importe del re-

(**Art. 2535.**) Se debe tener presente que las cosas perdidas no son *res nullius*; que no se pueden adquirir por la ocupación, y que si las Municipalidades toman su valor, deducidos los gastos, no es á título de cosas de nadie. Esta confusión sólo puede operarse, cuando una cosa perdida se encontrare enterrada y fuera considerada equivocadamente como tesoro. La ley es clarísima y no me explico por qué algunos pretenden corregirla, atribuyendo la mitad al que encontró la cosa, cuando la ley sólo le confiere derecho por los gastos de aprehensión, conservación y la recompensa. La Municipalidad del lugar toma lo restante, como lo toma la Nación en las cosas halladas en el mar donde ejerce jurisdicción, y en los ríos navegables que atraviesan la República; porque la ley se los atribuye. Algunos ponen en duda la constitucionalidad de la medida; no veo en que se pueda tocar la constitución; habría mayor razón para dudar tratándose de las sucesiones que la limitan hasta el sexto grado colateral; así como la restringen para los bienes de las personas jurídicas disueltas; para los tesoros, etc. Es una disposición general que abraza toda la República, y si en algunas Provincias se dispusiera lo contrario, esas leyes no prevalecerían contra el Cód. Civil. Se trata de una manera de adquirir el dominio de la cosa, y es de exclusiva competencia del Cód. Civil.—CÓD. DE CHILE 630, l. 4, tit. 22, lib. 10, Nov. Rec.

(**Art. 2536.**) (Véase pág. 551.)



mate, si hubiese sido ya pagado (art. 2537); pero esta facultad debe entenderse que la puede ejercer en los términos del art. 2768, no perpetuamente, sino dentro de la prescripción ordinaria acor-

(**Art. 2537.**) Este es un derecho excepcional que ningún Código acuerda: una vez subastada la cosa, debe quedar perdida irremisiblemente para el dueño. El único derecho que podría habersele reconocido es para reclamar el precio si la acción no estuviera prescrita; como sucede con las sucesiones vacantes en que el Fisco responde por el valor recibido; pero según el artículo, se pierde el precio y se conserva la reivindicación. Hay un error evidente de doctrina, que resulta del agregado hecho en el art. 633, Cód. Chileno, que dice: «subastada la especie se mirará como irrevocablemente perdida para el dueño», y así debía ser. ¿Á qué título vendría á reclamarla del que la adquirió, cuando ha sido vendida en subasta por la mano de la justicia? Esto sería más que un derecho de retracto, como lo insinúa el Dr. Segovia; es una acción clara de reivindicación; y el mismo autor cree que tal acción es perpetua. Sería imposible ó inútil comprar las cosas perdidas en tales condiciones. Agregaré, que la disposición de este artículo está en armonía con la del 2412 y 2768, que sería necesario restringir en el sentido indicado. Por mi parte creo que la acción es prescriptible, y lo he demostrado en el art. 2564, tratándose de los tesoros; lo mismo que en el art. 2412. Algunos creen que el derecho del dueño debió limitarse al precio del remate; participo de esta opinión, porque éste no debería perderse sin prescripción; sin embargo, es sólo una observación crítica.

Cuando el dueño se presenta pasados los seis meses y después de vendida la cosa, puede reivindicarla pagando todos los gastos, el importe del remate y el precio; y cuando ese mismo dueño se presenta *dentro* de los seis meses, pero habiéndose vendido la cosa, porque su conservación era dispendiosa, tendrá derecho al precio. ¿Cómo debe entenderse? ¿Pierde la acción de reivindicación? En el sistema del Cód. Civil Chileno, se declara perdida; pero no en el nuestro, que conserva la acción en todos los casos, pues si quedara perdida cuando concurrió á cobrarla dentro de los seis meses, con más razón debería perderla si vino después, pues sería castigar al dueño diligente y premiar al moroso. El derecho al precio es lo único que pierde por el presente artículo; el siguiente lo acuerda cuando se presenta antes de los seis meses. La disposición del presente artículo, como la de los otros correlativos, debe ser reformada en el sentido de dar sólo acción sobre el precio; tal como se encuentra, es un privilegio inexplicable. El artículo 2279, Cód. Francés, es preferible,



dada para los inmuebles, pues no sería posible crear una excepción al derecho común, fundándose en el silencio de la ley.

Si la cosa fuese corruptible, ó su custodia ó conservación dispendiosa, podrá anticiparse la subasta, y el dueño, presentándose antes de espirar los seis meses del último aviso, tendrá derecho al precio, deducidos los gastos y el premio del hallazgo (art. 2538).

El juez en cada caso determinará cuándo puede anticiparse la subasta, teniendo en cuenta no sólo el interés del dueño, sino el de la Municipalidad que debe recibir el remanente, y deberá autorizarse siempre que la conservación absorbiera el precio de la cosa, sin que la anticipación altere el derecho del dueño, que podrá ejercerlo en los términos del art. 2537, reivindicando la cosa, pagando el precio y todos los gastos, ó tomando sólo el precio, deducidos los primeros gastos y el premio.

Comete hurto el que se apropiare de las cosas que hallare, y no procediese según las disposiciones de los artículos anteriores; y también el que se apropiare los despojos de los naufragios, y de las cosas echadas al mar ó á los ríos para alijar los buques (art. 2539);

tratándose de la prescripción de las cosas perdidas.—Comp. Cód. DE CHILE, art. 633. AUBRY y RAU, § 183.—Véanse arts. 2412, 2422, 2535, 2765 y 2768.

(**Art. 2538.**) Supone el caso de anticipación de la subasta, y es razonable que estando dentro del término para reclamar la cosa, no pierda el precio obtenido por la venta. No considero justo hacer perder al dueño el precio de la cosa, y conservarle el derecho de reivindicación contra el que la adquirió, aunque sea en los términos del art. 2768. Si la Municipalidad ha adquirido definitivamente el precio de la cosa vendida, por el solo transcurso de los seis meses. ¿Por qué el comprador quedará sujeto á la reivindicación, aunque le paguen el precio? Lo más natural es el sistema contrario: la cosa debe quedar perdida irrevocablemente para el dueño; la acción sobre el precio debe conservarla hasta que se pierda por la prescripción.—Comp. arts. 26 al 33. Cód. DE NEW YORK, §§ 928 y sig. Cód. DE CHILE, arts. 629 y sig.

(**Art. 2539.**) El art. 203, n° 9, Cód. Penal, dice, comete estafa ó de-

—
Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2538.—Arts. desde el 26 hasta el 33, Cód. de Nueva York, §§ 938 y siguientes.—Cód. de Chile, arts. 629 y siguientes. L. 6, Tit. 22, Lib. 10. Nov. Rec.



esta disposición no se refiere verdaderamente á las cosas perdidas, sino á las hurtadas ó robadas, rigiéndose por el art. 2768.

Cuando el Código habla de la reivindicación de las cosas perdidas, se refiere á las que fuesen adquiridas después de la subasta, pues recién hay un título legítimo de adquisición, y se pueden agregar, las que siendo perdidas, han sido consideradas como tesoros; unas y otras pueden y deben prescribirse.

La jurisprudencia distingue las cosas perdidas, clasificándolas de esta manera: 1º, despojos de los naufragios ó cosas arrojadas al mar para alijar los buques; 2º, cosas arrojadas á los ríos nave-

fraudación «el que se *niega* á restituir la cosa ajena que hubiese encontrado perdida», admitiendo la doctrina de Chauveau Adolphe, que constituye en depositario al que ha encontrado la cosa ajena, pues, por el hecho de recogerla acepta este contrato. Si lo infringe después, comete una violación de depósito, pero no comete un hurto. Para armonizar la disposición del Cód. Penal, con el presente artículo y los precedentes, no hay sino decir: por derecho civil se considera como hurto la apropiación de las cosas ajenas encontradas y ella trae consigo las responsabilidades civiles consiguientes; para que este hecho sea pasible de pena y justiciable ante los tribunales correccionales, es necesario que se *niegue* á restituir la cosa ajena, que hubiesen encontrado perdida; porque la imposición de la pena necesita otros elementos de culpabilidad innecesarios en el derecho civil, cuyo objeto no es castigar, sino hacer resarcir el daño sufrido. Bastará la retención indebida de la cosa encontrada, para que el que la halló pierda la recompensa ofrecida, los trabajos hechos en ella y los costos, y sea considerado, en cuanto á los frutos, como un poseedor de mala fe; mientras no podrá ser llevado ante la justicia del crimen ó correccional.—Comp. CHAUVEAU ADOLPHE V, págs. 32 á 35. El Dr. VELEZ-SARSFIELD, siguiendo á CHAUVEAU HELIE, sostiene la doctrina contraria á la del Cód. Penal.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2539.—Muchos autores enseñan que aunque la aprehensión de una cosa hallada fuese acompañada de la intención de apropiársela, no constituiría un robo, porque en tal hecho no existía el elemento material de este delito, la substracción de la cosa ajena. Pero esos autores han restringido de una manera arbitraria la substracción de la cosa ajena, substracción que se comprende, aun cuando el propietario de la cosa no tuviese la posesión en el sentido del derecho civil. Chauveau Hélie, *Teoría del Código penal*.—Aubry y Rau, § 201, nota 41.



gables, con el objeto de alijar las embarcaciones, ó caídas por descuido; 3º, las cosas perdidas en la tierra.

En cuanto á las primeras, el inventor no las adquiere ni en todo ni en parte por la ocupación, con la sola excepción de hacerlas suyas, si las hubiera tomado en plena mar, ó las hubiera sacado de su fondo, ó encontrádaslas por azar. Cuando se hubieran encontrado las cosas dentro de la jurisdicción marítima que ejerce la República en los mares adyacentes, sean efectos arrojados para alijar los buques, sea cosas caídas ó despojos de naufragios, se deberá proceder como en el caso de las cosas perdidas. Lo mismo sucederá tratándose del dinero ó alhajas que se encontraren en las ropas de los ahogados.

Las cosas encontradas en los ríos navegables, sea que fueren arrastradas por sus corrientes y dejadas en sus márgenes, sea cuando se limpian ó canalizan; se deben entregar á la autoridad correspondiente. Los buques náufragos que se encontraren en el fondo de los ríos pueden ser puestos á flote ó sacados sus despojos, cuando los dueños los han abandonado por completo, con permiso ó previo convenio con la autoridad nacional, quien puede disponer de esas cosas que son un verdadero peligro para la navegación.

Cuando se trata de los despojos encontrados en los mares ó ríos, no rige la disposición del art. 2535, en que se debe entregar su valor á la Municipalidad, porque entonces corresponde únicamente á la Nación pues es la única que ejerce jurisdicción en ellos, y si no ha aparecido el dueño, ella debe tomar el valor de los objetos vendidos.

Las cosas perdidas en tierra quedan regidas por los arts. 2531 á 2539.

CAPÍTULO II

DE LA ESPECIFICACIÓN Ó TRANSFORMACIÓN

§ 721.—DE LA ESPECIFICACIÓN

Estas materias presentan un interés práctico muy limitado, ante la máxima de que «en las cosas muebles la posesión vale por título». Además, hay que separar la hipótesis en que dos ó más personas hayan convenido en unir determinadas cosas muebles para formar una sola, porque en esos casos deberán regirse por la convención que las hizo nacer.

La especificación difiere esencialmente de la adjunción y de la confusión, en que la dificultad proviene, no de dos cosas pertenecientes á diversos propietarios, que se han unido para formar una, sino entre la cosa del uno y el trabajo del otro. Así, tengo un pedazo de oro que ha sido transformado por otro en una pulsera, ó un trozo de mármol de Carrara que ha sido convertido en una estatua. ¿A quién pertenece la pulsera y la estatua? El trabajo puede contrabalancearse con el valor de la materia; pero tratándose de artistas de renombre, el arte representará siempre el mayor valor.

Entre los romanos estas cuestiones tenían mucha importancia, y dividieron á sus jurisconsultos en dos escuelas. Los Proculéyanos enseñaban que la materia debía ceder á la forma; los Sabinianos, que la forma era lo principal; y el Emperador Justiniano separándose de esas disputas de escuela, distinguió los casos en que la materia podía volver á tomar su forma primitiva, acordando entonces la propiedad al dueño de la materia; en caso contrario, al que había creado la nueva cosa.





La legislación moderna la ha reducido á sus proporciones naturales, y esas cuestiones han perdido su interés. Se comienza por distinguir la buena ó mala fe del artífice ó transformador, para averiguar luego si se puede ó no volver la materia á su primer estado; pero en ningún caso se hace perder al uno su trabajo, aunque lo obligue á pagar todos los daños y perjuicios causados, ni obliga al otro á quedarse con una cosa que no desea tener.

Nuestro Código ha adelantado la doctrina enseñada por el Cód. Francés, arts. 570 y 571.

Comienza por declarar, que *se adquiere el dominio por la transformación ó especificación, cuando alguien por su trabajo, hace un objeto nuevo con la materia de otro, con la intención de apropiárselo (art. 2567)*. Dos condiciones son, pues, esenciales: 1ª, tra-

(Art. 2567.) En la especificación ó transformación hay un objeto que ha sido modificado por el que no es dueño, á diferencia de la ad-junción donde se necesitan de dos ó más pertenecientes á diversos dueños. Tres escuelas se han formado para solucionar esta dificultad; entre los romanos unos sostenían que la materia debía ceder á la forma, los otros, por el contrario, decían la forma debe ceder á la materia; y otros, distinguían, si la materia transformada podía volver á su estado primitivo, el propietario podía reivindicarla; en caso contrario el transformador hacía suya la cosa. El Cód. Francés, art. 570, consagró la primer teoría declarando que la cosa era del dueño de la materia, reembolsando el precio de la mano de obra, pero cuando ésta fuera de tal importancia que sobrepasara en mucho al valor de aquella, la cosa sería del transformador, reembolsando al propietario el precio de la materia art. 571. Nuestro Código ha resuelto la cuestión con mayor equidad, haciendo la distinción entre la buena ó mala fe del transformador y dice, aun en caso de mala fe el propietario de la materia no debe lucrar con el trabajo ajeno, y pagará el aumento del valor de la cosa transformada que no puede volver á su forma anterior, si quiere quedarse con ella en la forma que se le ha dado. Así, le concede la opción para acusar criminalmente y pedir daños y perjuicios contra el que de mala fe transforma la cosa, ó quedarse con la transformada abonando el mayor valor. Freitas, art. 4134, dice con más propiedad: «adquiere el dominio por la transformación, cuando alguien por su trabajo ó por el de otro á su costa, convirtiere para sí, cosas muebles propias ó ajenas, en cosas diversas»; porque si tomamos la especificación como un modo de adquirir el do-



bajo ajeno; 2ª, intención de apropiarse la cosa. Si faltase alguna de estas circunstancias no habría especificación.

minio, debemos aplicarla á las cosas propias como á las ajenas. La transformación no es necesario hacerla por su propio trabajo, pues, puede realizarse por otro y por mandato del transformador y á su costo.—Comp. DEMOLOMBE, X, 196 y sig. MAYNZ, § 185. COD. CIVIL, ESPAÑOL, art. 383, l. 26, tit. 1, lib. 41 y l. 9, § 3, tit. 4, lib. 10, Dig. y GÓVEA, art. 424.—Véanse arts. 245, 2524, n^{os} 2 y 2597.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2567 al 70.—Sobre los cuatro artículos anteriores, Maynz, § 185. — L. 33, Tit. 28, Part. 3ª. — La razón de los dos primeros artículos, la tomamos de las Leyes Romanas. La cosa transformada se juzga haber perecido, como cuando de las uvas ajenas se hace vino, y por consiguiente, se ha extinguido el derecho de propiedad que se tenía en ella. El especificante, pues, hace un acto de ocupación. Una ley del Digesto dice: *Sed si meis tabulis navem fecisse, tuam navem esse, quia cupressus non maneret, sicuti nec lana, restitutum facto.* L. 23, Dig. De adq. rer. dom.—Otra ley dice: *Nam mutata forma, prope interimit substantiam rei.* L. 9, § 3, Tit. 4, Lib. 10, Dig. Pero siguiendo estrictamente estos principios, se llegaría en algunos casos á la injusticia. La equidad es la que debe dirigir la resolución de los jueces. El Derecho Romano y el Derecho de las Partidas no daban ninguna indemnización al especificante de mala fe. Nosotros no le concedemos el derecho sino al mayor valor que hubiese adquirido la cosa por su trabajo, por el principio de moral que nadie debe enriquecerse con el trabajo ajeno.

Puede decirse que existe hasta hoy sobre la especificación, la controversia entre las escuelas de los Sabinianos y Proculyanos. Estos últimos enseñaban que la materia era un accesorio de la forma, pues que la materia primera había perecido civilmente; y que el ser nuevo que el trabajo había producido, debía pertenecer al creador, al especificador. Los Sabinianos, al contrario, decían que la materia debía triunfar sobre la industria, ya porque la materia existía siempre, y la nueva forma que ella había afectado no había hecho más que modificarla sin destruir su substancia, ya porque la materia era en todos los casos lo principal, ó ya porque la forma no tenía una existencia propia é independiente.

Justiniano procuró resolver la cuestión, y no hizo sino crear otras nuevas. La Instituta dice, que si el nuevo objeto puede tomar la primitiva forma de la materia, pertenece al dueño de la materia, lo que importa hacerle dueño contra su voluntad. Que si el objeto nuevo no puede tomar la primitiva forma, pertenece al especificante. En todo caso, vendrá éste á ser el propietario, si ha empleado parte de otra materia que le pertenecía, lo que destruye el principio general que acaba de establecer.

El Cód. Francés en los artículos 570 y 571 resuelve: «que el dueño de la materia *puede* reclamar la nueva especie, satisfaciendo al otro el valor de su trabajo, á no ser que éste sea muy superior al valor de la materia, en cuyo caso la materia accede al trabajo indemnizando al dueño de ella de su valor.» Lo mismo dispone el Cód. de Nápoles, arts. 495 y 496.—El de Luisiana, arts. 517



El Código distingue cuando la especificación se ha hecho de buena ó mala fe; porque necesariamente debe tenerse en cuenta una circunstancia tan capital, para la adquisición de la materia; por consiguiente, *si la transformación se hace de buena fe, ignorando el transformador que la cosa era ajena, y no fuere posible reducirla á su forma anterior, el dueño de ella sólo tendrá derecho á la indemnización correspondiente (art. 2568);* por el contra-

(Art. 2568.) La buena fe se presume, salvo la prueba en contrario, y corresponderá al dueño de la materia, el demostrar que el transformador sabía que la cosa era robada ó perdida. No considero justa la resolución del artículo, porque en ningún caso la buena fe del transformador puede servirle de título para la adquisición de la cosa ajena, desde que el dueño quiera pagar los gastos de la transformación; y menos justo aun dar derecho al dueño de la materia que no puede reducirse á su forma primitiva, para que sólo cobre la indemnización correspondiente, cuando lo natural y lógico habría sido como lo trae Freitas, art. 4135, que dice:

y 518.—El de Holanda declara que el que ha empleado materia ajena en formar una cosa de una nueva especie, puede apropiársela, pagando el precio de la materia, y los daños é intereses, art. 661. Tal resolución no distingue si ha habido buena ó mala fe en el especificante.

Goyena, en el art. 424, proyecta así: «Si la materia es más preciosa que la obra en que se emplea, ó superior en valor, el dueño de ella tendrá la elección de quedarse con la nueva especie, indemnizando el valor de la obra, ó de pedir indemnizaciones por la materia. Si la especificación se hizo de mala fe, el dueño de la materia tiene derecho de quedarse con la obra sin pagar nada al que la hizo, ó de exigir de éste que le indemnice del valor de la materia y de los perjuicios que se le han seguido.

En la primera parte, el artículo de Goyena está conforme con el nuestro: pero no en la segunda.

Cuando la propiedad mueble de una persona se ha confundido con la de otra, ó de ambas se ha hecho un solo cuerpo, ó es el caso de la especificación, la jurisdicción de la causa, en Inglaterra y en los Estados Unidos, corresponde á las Cortes de equidad, las cuales, sin violar abiertamente las leyes, disponen lo que sea debido al dueño de la materia empleada sin su consentimiento; y lo mismo respecto á las cosas mezcladas ó confundidas. Story. *Equity jurisprudence*, § 623. En nuestro país los jueces ordinarios tienen por las leyes las mismas facultades que las Cortes de equidad, como la tienen en los varios Estados de la Unión donde no hay establecidas Cortes de equidad.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación de los arts. 2567 y 2568.
—La equidad no puede servir de base para dar por justificados hechos sobre los cuales el demandante no ha producido prueba suficiente.—Jur. Civ., I, 116, Sér. 2ª.



rio, si la transformación se hizo de buena fe y fuere posible reducir la cosa á su forma anterior, el dueño de la materia será dueño de la nueva especie, pagando al transformador su trabajo; pero puede sólo exigir el valor de la materia, quedando la especie de propiedad del transformador (art. 2570).

el dueño de ella sólo tendrá derecho á la indemnización correspondiente, *al lucro líquido que de la transformación resultó*; las palabras en letra cursiva fueron suprimidas inconsultamente, á mi juicio, y completaban el pensamiento. En efecto, el transformador no debe enriquecerse á costa del dueño de la materia y sólo tiene derecho á su trabajo; así, si la materia valía mil y el trabajo quinientos y el objeto transformado, dos mil, lo justo habría sido devolver al dueño de la materia mil quinientos en vez de los mil. El artículo no acuerda opción al dueño de la materia, y no reputo justa la doctrina. — Comp. arts. 588, 2568 y 2570.

(**Art. 2570.**) Este artículo viene á dar la razón á la crítica hecha en el art. 2568. Nuestro Código, siguiendo la doctrina del derecho romano, adoptada en parte por el francés y modificada por Freitas, ha dado gran importancia al hecho de que la cosa pudiera volver á su forma primitiva, cuando debía ser una circunstancia secundaria. El principio es que la buena fe del transformador, jamás debe servirle de título para apropiarse de la cosa de otro, y lo justo sería conceder al dueño de la materia el derecho de opción para tomar la cosa pagando los gastos de transformación ó exigir el valor de la materia cuando no quisiera tomar la cosa transformada. Habrá casos en que la cosa transformada no pueda ser adquirida por el dueño de los materiales, como sucede en la edificación que obedece á otras reglas; pero en general debe ser indiferente el que pueda ó no volver la cosa á su primitivo estado, pues en justicia el transformador no debe apropiarse la cosa de otro por el hecho de cambiar de buena fe la forma de la cosa. En ningún caso el transformador de buena fe perderá su trabajo; pero tampoco el dueño de la materia será privado de ella contra su voluntad, si quiere pagar los gastos de transformación. Esta teoría que proponemos como más justa y equitativa, tiene la ventaja de ser más sencilla en su aplicación, salvando las cuestiones que ocurrirán en la práctica para averiguar, cuando puede reducirse la cosa á su forma primitiva, y cuando no. El transformador es el poseedor de la cosa que ha creído suya, como si entre los bienes de la herencia que recibe hubiera encontrado la cosa que ha sido depositada ó dada en comodato.

La acción para reclamar la cosa no es personal, como algunos lo en-



Sería injusto que en cualquiera de las hipótesis de estos artículos, el que creyéndose dueño usó de la cosa y la transformó, perdiera su trabajo, sea ó no de importancia, como también lo sería el obligar al dueño de la materia á recibir la cosa transformada, que no necesita. Así, queda solucionada la gran cuestión que agitó á los jurisconsultos antiguos; pero como la mala fe debe hacer sólo responsable del perjuicio ocasionado, sometiendo á la acción criminal correspondiente, sin imponerle una nueva pena, como sería la pérdida del trabajo hecho, de ahí resulta (art. 2569), que *si la transformación se hizo de mala fe, sabiendo ó debiendo saber el transformador que la cosa era ajena, y fuere imposible reducirla á su forma anterior, el dueño de la materia tendrá derecho á ser indemnizado de todo daño, y á la acción criminal á que hubiere lugar, si no prefiriese tener la cosa en su nueva*

señal, porque se reivindica sólo por acción real. El derecho de opción puede ejercitarse durante el tiempo que la acción subsista. Freitas. art. 4137, de donde fué tomado el nuestro dice: «el dueño de ella (de la materia) *conserva su dominio* y tendrá derecho para tenerla en su nueva forma, si no prefiere el pago de su valor, lo que nuestro artículo tradujo: *será dueño* de la nueva especie, etc., para demostrar que le compete acción real y no personal, cuando quiere tomar la cosa del transformador. Cuando se reclame la cosa por acción real del transformador de buena fe, éste tendrá el derecho de retención por el valor de la mano de obra.

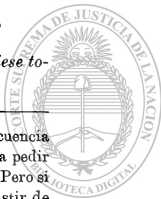
El especificante no es dueño de la cosa, sólo tiene su posesión, pues bien claro lo dice el artículo al expresar, que el propietario de la cosa transformada lo será si no prefiere exigir su valor, y puede por consiguiente recobrarla como verdadero dueño; si prefiere la indemnización, entonces tendrá acción personal. La acción real contra terceros sólo puede ejercitarse en los términos del art. 2778.

(Art. 2569.) El dueño tiene dos acciones, una real para reclamar la cosa transformada que no ha dejado de pertenecerle aunque el transformador tenga la posesión, y otra personal para cobrar todos los daños y perjuicios ocasionados. La acción de daños y perjuicios y la criminal en su caso se prescriben por un año, (art. 4037), de modo que si durante ese término no ha usado de la opción, no le queda otro camino que reivindicarla; pero semejante conclusión sería contraria á los principios, desde que en la transformación de buena fe la opción no tiene más tér-

forma, pagando al transformador el mayor valor que hubiese tomado por ella, no el trabajo como en los casos de mala fe.

mino que el de la acción, así es que para conciliar tal inconsecuencia será necesario aceptar, que la opción del dueño de la materia para pedir el valor de ésta, dura los diez años como en los casos de buena fe. Pero si hubiera demandado los daños y perjuicios, no creo se pueda desistir de la opción para tomar la cosa, porque nada autoriza este cambio. Creo que si la cosa transformada puede reducirse á su forma primitiva, el dueño puede exigir se le entregue en esa forma, y la pérdida de su trabajo deberá imputársela á su propio hecho; pero como en ningún caso debe uno enriquecerse á costa de otro; cuando optare por tomar la cosa transformada, pagará el mayor valor obtenido por la transformación, sin que pueda retenerla por esa causa.

En la especificación, el principio general es, que la cosa transformada continúa siendo del dueño de la materia, que no ha perdido su dominio, y la única excepción es para el transformador de buena fe, cuando la cosa no puede volverse á su primitivo estado, en que la hace suya.—FREITAS, art. 4136.—Véanse arts. 588, 589, 1094, 1095, 2568 y 4037.



CAPÍTULO III

DE LA ACCESIÓN ^(*)



§ 722. -- DE LA ACCESIÓN EN GENERAL.

La *accesión* es uno de los medios de adquirir el dominio, y tiene lugar cuando una cosa se adhiere á otra incorporándose á la de que somos propietarios; este medio no debe confundirse con los *accesorios* á que virtualmente se extiende la propiedad de la cosa; pues el primero es un medio de adquirir, y el segundo un título ó presunción de propiedad, aunque el Código considera como *accesorios* á los *acrecentamientos* de tierra.

Cuando la cosa unida á la nuestra no tiene dueño, la adquirimos por una necesidad jurídica; pero si perteneciere á otro, entonces se debe estudiar la posición de ambos propietarios, y la importancia de las cosas unidas.

Se puede establecer en general que, *se adquiere el dominio por accesión, cuando alguna cosa mueble ó inmueble acreciere á otra por adherencia natural ó artificial (art. 2571)*, formando un solo

(**Art. 2571.**) Es necesario distinguir, como lo hacen Aubry y Rau,

(*) El Cód. Francés desde el art. 552, comprende en el derecho de *accesión* todo aquello á que se extiende el derecho de dominio; y así en ese Código, la *accesión* comprende igualmente los casos en que una persona es propietaria de una cosa á título de *accesión*, y aquellos en que viene á ser propietaria por efecto de la *accesión*. Hay en esto una confusión de principios que corresponden á un orden de ideas completamente diferentes. Son muy distintos los *accesorios* á los cuales se extiende virtualmente la propiedad, de los *accesorios* que vienen á aumentarla por efecto de una nueva adquisición. Hemos establecido que en un inmueble, por ejemplo, un terreno de cultivo, son *accesorios* de él todas aquellas cosas muebles, como arados, animales, etc., sin las cuales el campo no podría cultivarse, ó como dicen los escritores franceses, muebles inmovilizados por destino. Este género de *accesión* no puede equivocarse con la *accesión* propiamente dicha, con el hecho de la incorporación de una cosa á otra que nos pertenece.



todo con aquélla á que se ha adherido. Así, son medios de adquirir el dominio: el aluvión, la avulsión, la edificación, la plantación y la adjunción, que son otras tantas accesiones.

la acción propiamente dicha, en que uno es propietario por la adherencia de la cosa, de aquellos en que viene á adquirir la propiedad por ese título: en el primero nos hace adquirir la propiedad la incorporación de la cosa á la que tenemos; en el segundo es una nueva adquisición en virtud de una extensión del derecho de propiedad.

Se ha discutido extensamente sobre si los frutos se adquieren por accesión, y creo con Marcadé que no hay caso, pues si en realidad hay acrecentamiento de la cosa, ella se debe á una función orgánica de la misma que los produce, en que asimilándose los elementos de la atmósfera y del suelo, los incorpora á su substancia por una virtud propia, sin un hecho extraño á su ser. Así, el árbol al dar ramas, cubrirse de hojas y producir frutos, desempeña una función de su organismo, y no se puede comparar al suelo que se acrecienta por el abandono del río con el que continuaba; ese árbol unido á la tierra, forma un solo todo con ella; pero cuando en la producción del fruto ha intervenido la semilla y los abonos echados á la tierra, y ha sido objeto del trabajo del hombre, ¿qué sucederá? Estas circunstancias en nada alteran la naturaleza del hecho, que se funda en la organización del árbol y en su función propia. Cuando Marcadé dice, el propietario continúa poseyendo un solo inmueble, aun que el suelo se haya convertido de un erial en un olivar, se refiere no al valor que haya podido adquirir por la transformación, sino al inmueble que no ha cambiado de naturaleza y continúa siendo el mismo.

El dueño del inmueble puede haber adquirido el árbol por accesión, cuando ha sido plantado, pero no los frutos producidos, y que vienen á ser parte integrante del mismo.—Comp. COD. FRANCÉS, art. 546. FREITAS, art. 4140. GOYENA, art. 396. MARCADÉ, al art. 446. POTHIER, *Propiedad*, n° 151.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2571. - L. 35, Tit. 28, Part. 3ª, y véase L. 16, Tit. 2, Part. 3ª.—En los escritores del Derecho, y en casi todos los Códigos, se encuentra como un principio al tratar de la accesión, que pertenecen al dueño de la cosa, por derecho de accesión, los frutos naturales de ella, y todo lo que ella produce. Este es un grave error en los principios ó una confusión de éstos. ¿En qué momento, pregunta Marcadé, adquiero yo por accesión los frutos ó productos de la cosa que es mía? No es sin duda cuando ellos se separan de la cosa principal para tomar una existencia distinta, porque entonces habría contradicción en los términos. Sería absurdo decir que una cosa viene á ser mía por accesión, cuando ella se separa. Mis derechos sobre los produc-



Como en muchos casos la separación de las cosas no podría efectuarse sin perjuicio para ambos propietarios, se ha establecido la regla, de que la cosa accesoriasiga á la principal, siendo del dueño de ésta, quien la abonará por lo que valiere; si no hay cosa principal, se establece una especie de condominio sobre la totalidad. Estas diferentes situaciones son las que vamos á estudiar en los párrafos siguientes.

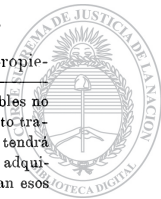
§ 723. -- DEL ALUVIÓN

Son accesorios de los terrenos confinantes con la ribera de los ríos, los acrecentamientos de tierra que reciban paulatina é insensiblemente por efecto de la corriente de las aguas, y pertenecen á los dueños de las heredades ribereñas. Siendo en las costas de mar ó de ríos navegables, pertenecen al Estado (art. 2572); por consi-

(Art. 2572.) El río, sea ó no navegable, corresponde al Estado, no como río, sino como corriente de agua que sirve para el uso público y debe estar sujeto á los reglamentos, á fin de que los particulares no puedan perjudicar la navegación, si es navegable, ó la distribución de las aguas, si no lo es. Nuestro Código, separándose de estos principios en que se funda el Cód. Francés, art. 556, y todos los que lo han seguido,

tos separados de la cosa que los ha producido, no pueden ser sino la continuación del derecho que yo tenía antes de su separación, cuando estaban verdaderamente unidos á la cosa que los ha producido. No es ciertamente cuando las manzanas caen del árbol, cuando las adquiero por acesión; ellas ya me pertenecían. Los frutos, como las hojas, mientras están unidos, no son una cosa distinta del árbol. No puedo decir, que ante todo, tengo la propiedad del árbol, y separadamente la propiedad de los frutos. Tengo simplemente la propiedad de un árbol cargado de hojas y de frutos. No puedo entonces decir que tengo primero un bien inmueble, el terreno en que está el árbol: un primer bien mueble, que sería el árbol, y después, otros tantos bienes muebles como frutos haya. No tengo sino un bien inmueble que es el suelo y el árbol con todos sus frutos, los cuales forman un solo todo, un solo y mismo objeto de mi propiedad. Pero pues que no tengo sino un solo bien inmueble, que comprende indivisiblemente, el suelo, el árbol y los frutos, y que después de la formación de estos frutos en ramas del árbol, no tengo un bien nuevo, no hay por qué hablar de adquisición alguna. Nada he adquirido, no tengo en mi patrimonio una cosa nueva. Conservo y continúo en tener lo único que tenía; luego no hay adquisición de propiedad. (Sobre el art. 546.)

Pothier se empeña en sostener que hay dos cosas distintas, el terreno y los frutos. (*De la propiedad*, n° 151.)



guiente, no puede existir aluvión para los dueños de las propie-

ha consagrado la injusticia de que los ribereños de ríos navegables no adquieren los terrenos que el río agregar en su incesante y lento trabajo; legándonos un semillero de pleitos, porque el Estado sólo tendrá los terrenos de aluvión, desde la vigencia del Código, habiéndolos adquirido los particulares por la legislación anterior. ¿Por qué serían esos terrenos del Estado? Porque es dueño del río, se contesta; pero esa propiedad es de uso público, porque un río navegable no debe estar en la mano de los particulares; es obedeciendo á una necesidad de orden público, que se ha sacado la corriente de agua de la propiedad particular; pero cuando esa corriente avanza lenta y paulatinamente sobre mi terreno y me priva de él, ¿por qué el Estado no me lo paga? y si yo estoy expuesto á perder por el avance del río, ¿por qué no adquiriré el terreno que me deja? Cuando el río me ha tomado paulatinamente parte de mi terreno queda perdido para mí, y cuando después de 20 ó 30 años comienza á abandonarlo, ¿por qué no lo volvería á recobrar? Si el terreno tiene su dimensión determinada volverá á adquirirlo; pero la doctrina, tal como la trae el Código, no puede justificarse ante los principios del derecho y de la justicia. No pueden alegarse necesidades de un orden superior como, por ejemplo, la de no interrumpir la navegación, pues se manda dejar una zona determinada á cada margen con ese objeto.—Demolombe, X. 10, citado por el Dr. Velez-Sarsfield combate la conclusión del artículo al decir: «el lecho de un río ó de un arroyo, no tienen un límite fijo é invariable, por el contrario, avanza, retrocede ó cambia.» Los fundos ribereños respecto de los cuales se admite el derecho del aluvión, son aquellos que tienen por límite el lecho del río, y el derecho de los ribereños se deriva de su situación misma, pues tienen por límite el lecho y éste es incierto y susceptible de oscilaciones y cambios. Sería aceptable la teoría consagrada por el Código, cuando por trabajos especiales del Estado ó de particulares con su permiso, se tomase una gran extensión de ese río, disecándolo ó terraplenándolo, y aun asimismo debería tenerse presente el derecho adquirido por los ribereños de confinar con el río y de cuyas aguas vendrían á ser privados.

Los 35 metros que los particulares están obligados á dejar sobre la orilla de los ríos navegables deben ser pagados por el Estado, cuando los títulos dieran por límite el río mismo; pues ninguna ley puede privarme de mi propiedad para uso público, sin previa expropiación é indemnización. Es entendido que los ribereños pueden defenderse del avance de las aguas sobre sus terrenos haciendo trabajos. Para que haya aluvión es necesario: 1º, que se trate de un terreno que tenga por límite el río;



dades que no confinen con la ribera. Por eso dice el **art. 2574**: *el derecho de aluvión no corresponde sino á los propietarios de tie-*

2º, que el terreno acrecentado se encuentre adherido al ribereño y forme parte integrante de él; 3º, que el acrecimiento se forme lenta y paulatinamente.—Comp. Cód. FRANCÉS, art. 556. GOYENA, art. 409. DE MOLOMBE, l. c. LAURENT, VI, 281 y 291.

Freitas, art. 4160, nº 1, declara que habrá aluvión y será de propiedad particular, sean los ríos navegables ó no, dejando el espacio necesario para la navegación, lo que es más conforme con la justicia. Y el Cód. DE CHILE, art. 650, lo declara del Estado en los puertos habilitados que le pertenecen, lo que es más justo aún.

En todo caso, se debe respetar los derechos adquiridos hasta 1871, época de la vigencia del Código.

(**Art. 2574.**) Para que el aluvión tenga lugar, es necesario que el terreno tenga por límite el río, estando sujeto á sus variaciones; si tuviere una dimensión fija no podría cambiarla, y por consiguiente, lo agregado no se adquirirá por aluvión. Así, cuando un río se canaliza, entendiéndose por tales trabajos, los realizados para que no cambie de curso, ó cuando se le hace correr por un canal artificial, no habría aluvión, si los trabajos lo han encerrado en un lecho fijo. Cuando el río se canalizare, esos trabajos vienen á dar al río un cauce fijo, y los terrenos que desocupa de uno y otro lado deben ser del Estado, pues el río no puede variar, desapareciendo así la razón para que los ribereños puedan

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2572.—L. 26, Tit. 28, Part. 3ª.—Cód Francés, art. 556—Italiano, 453—Napolitano, 481—Holandés, 651—de Luisiana, 501.—La Ley Romana dice: *Quod per alluvionem agro tuo flumen adjecit, jure gentium tibi acquiritur. Est autem alluvio incrementum latens*. Inst. Lib. 2, Tit. 1, § 20.—El lecho del agua corriente no tiene un límite invariable. Este límite, por el contrario, es movable: avanza ó se retira. Los terrenos, pues, que lindan con los ríos, pueden unas veces perder, y es justo que otras puedan por las mismas causas, ganar para conservar su límite señalado. Por otra parte nadie puede justificar un derecho de propiedad sobre los cedimientos que la corriente de las aguas ha puesto á las orillas del cauce del río. *que á nullo vindicari possunt, quia unde veniunt, necitur.*

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2572.—Para que el terreno acrecentado por aluvión sea del dominio público, debe justificarse plenamente que su formación es posterior á la promulgación del Cód. Civil, pues por las antiguas leyes correspondía al propietario ribereño.—Jur. Civ., II, 283, Sér. 3ª.

Si por efecto del aluvión existe terreno bastante para dejar los treinta y cinco metros que fija la ley, el propietario ribereño queda exonerado de la obligación que aquella le impone.—Jur. Civ., II, 283, Sér. 3ª.



rras que tienen por límite la corriente del agua de los ríos ó arroyos; pero no corresponde á los ribereños de un río canalizado y cuyas márgenes son formadas por diques artificiales, del mismo modo, si lo que confina con el río fuere un camino público, el terreno de aluvión corresponderá al Estado, ó á la Municipalidad del lugar, según que el camino corresponda al Municipio ó al Estado (art. 2575).

adquirir lo que el río deje definitivamente. — AUBRY y RAU, § 203, texto á la nota 3, y DEMOLOMBE, X, 45.

Freitas, art. 4160, n° 5, considera como terrenos de aluvión y pertenecientes á los ribereños, los dejados por el río, aunque se separen las márgenes por muros, paredes ó cualquier obra que se haga. — Véanse arts. 2572, 2573 y 2575.

(**Art. 2575.**) Nuestro artículo viene á decidir una de las cuestiones que han agitado á los jurisconsultos antiguos, y la decisión se ajusta á los principios del derecho; porque teniendo los terrenos un límite fijo, falta la base sobre que reposa el aluvión. Los terrenos abandonados por el río corresponderán, pues, á la vía pública y serán del poder encargado de su cuidado. Esto explicaría en parte la razón porque el Estado adquirirá los terrenos de aluvión sobre los ríos navegables, que tienen una calle pública de 35 metros. Lo justo sería que los dueños de los terrenos colindantes con el río avanzaran sus cercos, á medida que éste se retirase dejando siempre los 35 metros; pero la ley no lo permite desde que declara del Estado los terrenos de aluvión en las costas de los ríos navegables. Es una disposición que debe corregirse.

Se ha preguntado si habrá aluvión cuando el río estuviera limitado por rocas ó barrancas altas que le impidan salir de su cauce, fijando así un límite invariable á su curso, y creo con Demolombe que no haciendo distinción nuestro art. 2572 sino para los ríos navegables, no estamos autorizados á hacerla, y corresponderá al colindante el terreno dejado definitivamente. — DEMOLOMBE, X, 46. PROUDHON, *Dominio privado*, n° 598, y AUBRY y RAU, § 203, texto á la nota 3. — Véanse arts. 2340, n° 7, 2572 á 2574 y 2639.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2574. — Aubry y Rau, § 203 — Demolombe, tomo 10, n° 45.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2575. Proudhon, *Dominio privado*, n° 598. — Demolombe, n° 46.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. Aplicación del art. 2575. — Véase fallo al art. 2572. — Jur. Civ., II, 263, Sér. 3°.



No se deben distinguir los acrecentamientos paulatinos que sean el resultado de la naturaleza, de aquellos que provienen de los trabajos ejecutados en la ribera de los ríos, siempre que sean simplemente defensivos y no ataquen el derecho de los demás ribereños.

El aluvión tiene de característico en que el acrecentamiento debe hacerse paulatinamente, porque si fuera de una manera repentina, sería avulsión; sin embargo, se reputará aluvión el acrecentamiento insensible que se forma bajo las aguas, aunque aparezca repentinamente por el retiro de ellas después de una inundación.

Pertenecen también a los ribereños, los terrenos que el curso de las aguas dejare á descubierto, retirándose insensiblemente de una de las riberas hacia la otra (art. 2573), cuando el río no sea navegable, pues si lo fuera, pertenecería al Estado.

Para que la propiedad acrezca por aluvión, es necesario que el terreno acrecido esté unido definitivamente, porque si estuviere separado, por una corriente de agua de cierta importancia, no ha-

(**Art. 2573.**) Es necesario no confundir el aluvión, que es el acrecentamiento insensible operado por el depósito de materias arcillosas, con los aumentos experimentados por la evaporación paulatina del río, ó por el cambio insensible operado en su corriente, retirándose de una de las riberas hacia la otra; es lo que se llama en francés *relais*, mientras el verdadero aluvión se llama *lais*, y se forma por el depósito paulatino é insensible de partículas de terreno que se adhieren á él. El *relais* puede tener lugar para los dos terrenos colindantes cuando por la evaporación, el río se estrecha por ambos lados, y á consecuencia de la disminución de volumen. El Código no hace distinción, y cualquier acrecentamiento paulatino que tengan en sus terrenos los ribereños, lo adquieren por accesión, sea que las materias se depositen por el río insensiblemente, sea que se retire de una ribera á la otra, sea, en fin, que provenga de la evaporación de las aguas y disminución de su volumen. Si el río es navegable corresponderá al Estado, conclusión que hemos rechazado como contraria á los principios, pero como ley, debe ser obedecida. — Comp. COD. FRANCÉS, art. 557. AUBRY y RAU, § 203, texto entre las notas 14 y 15. DEMOLOMBE, X, 8 y 9. FREITAS, art. 4153, §§ 20 y 21, tít. 1, lib. 2., *Institutas*.— Véanse arts. 2572, 2579 y 2580.



bría aluvión; así *la reunión de la tierra no constituye aluvión por inmediata que se encuentre á la ribera del río, cuando está separada por una corriente de agua que haga parte del río y que no sea intermitente (art. 2576)*. No habrá aluvión para los terrenos con-

(**Art. 2576.**) La disposición de este artículo no se debe tomar en sentido absoluto, porque habría peligro de reducir á lo imposible el derecho de aluvión. Aubry y Rau, § 203, texto y nota 13, que han inspirado la disposición, exigen, con razón, que la corriente de agua que lo separe, por su profundidad y permanencia sea considerada como formando parte del río; así, cuando un hilo de agua que no llega por su profundidad al antiguo lecho del río, separa al terreno de aluvión, y es intermitente, el aluvión se considera definitivamente adquirido. La ley romana decía: cuando el lecho del río llega á secarse, el terreno pertenece al vecino, porque el público no se sirve más de él, l. 30, § 1, tít. 1, lib. 41, Dig., consagrando la verdadera doctrina de que se ha separado el Código al atribuir al Estado el aluvión de los ríos navegables.

Las cuestiones á que puede dar lugar la disposición del artículo son en extremo interesantes. Se ha decidido en Francia, casi uniformemente, que el aluvión se ha adquirido definitivamente, cuando el acrecentamiento esté separado del terreno ribereño por un arroyito ó pequeña corriente, si el acrecentamiento presenta todas las condiciones de adherencia que constituyen el aluvión. Será cuestión de hechos que podrá resolverse con un examen pericial, determinando si el terreno de aluvión ha dejado de formar parte del lecho del río. Si fueran aguas muertas ó un torrente que las separase, el aluvión se tendrá por definitivamente adquirido.

Todos los ríos pertenecen al Estado, en cuanto son considerados como corrientes de agua, que es necesario distribuir, pero de ahí no se sigue que le corresponda la tierra separada por un arroyo de corriente constante, pues continúa formando parte del lecho, y cuando esa corriente desaparece ó se hace intermitente, el terreno de aluvión es adquirido por los ribereños, si el río no es navegable.—AUBRY y RAU, l. c. DEMOLOMBE, X, 54 y 55.

Freitas, art. 4172, no reputa completo el aluvión: 1º, cuando se halla en estado de banco de arena, aunque esté cubierto de plantas acuáticas, si las aguas no lo han descubierto definitivamente, aunque lo descubran algunas veces; 2º, cuando el terreno no ha sido abandonado completamente por las aguas y no estuviere completamente seco, á menos que sea cubierto por una capa de aguas muertas.



finantes con un torrente ó un arroyo de agua que no sea continua; *tampoco constituyen aluvión, las arenas ó fango, que se encuentran comprendidas en los límites del lecho del río, determinado por la línea á que llegan las más altas aguas en su estado normal (art. 2577)*; por consiguiente, no se considerará aluvión, los te-

Este artículo fué corregido agregando á la expresión «por inmediato que se encuentre el río», la de: «por inmediato que se encuentre á la ribera del río».

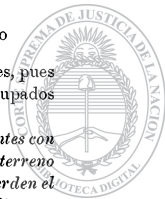
(**Art. 2577.**) Creo más conforme con la naturaleza del hecho, el considerar el límite de un río, no por la línea á que llegan las más altas aguas en su estado normal, como lo determina el Código, sino como lo ha declarado la Corte de Rouen, por la línea á que llegan las aguas en su nivel medio, tomando por base las crecientes periódicas, así como el retiro periódico de las aguas. Nuestro Código se ha decidido por la doctrina contraria apoyada por la Corte de Lyon y los jurisconsultos, DEMOLOMBE y AUBRY y RAU.

Cuando se trata de ríos navegables no hay aluvión para los colindantes, pues todo lo que se forma en el lecho y fuera de él pertenece al Estado. El artículo habla de ríos no navegables, y en ese caso los terrenos que se forman en su cauce, no pertenecen al Estado, como algunos lo sostienen, pues una vez que se unen á los terrenos colindantes, sin estar separados por corrientes de agua, corresponden al colindante ribereño. El Estado podrá hacer trabajos para que desaparezcan esos terrenos, dragando el canal, y los colindantes que todavía no han adquirido derechos no pueden oponerse; otra cosa sería si una vez incorporado el aluvión definitivamente se quisiera separarlo.

El aluvión puede formarse de tres modos: 1º, por el depósito paulatino que hace el río de partículas de tierra, arena, etc., en sus orillas; 2º, porque el río abandone paulatinamente una de sus orillas yéndose sobre la otra; 3º, por la evaporación de sus aguas, perdiendo de su volumen. En todos estos casos el aluvión se adquiere por el ribereño, si el río no es navegable; así, hay error en sostener, que el aluvión formado dentro de los límites del lecho del río, aunque esté adherido á una de las riberas, no pertenece al propietario ribereño; porque los arts. 2572 y 2576 enseñan lo contrario. Otra cosa sería si se encontrase dentro de los

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2576.—Demolombe, tom. 10, n° 54.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2576.—LX. 421.



renos desocupados por las aguas en sus grandes crecientes, pues continúan perteneciendo á los dueños de los terrenos ocupados momentáneamente.

No hay aluvión para *los dueños de los terrenos confinantes con aguas durmientes, como lagos, lagunas, etc., ni adquieren el terreno descubierto por cualquiera disminución de las aguas, ni pierden el terreno que las aguas cubrieren en sus crecientes (art. 2578)*; por-

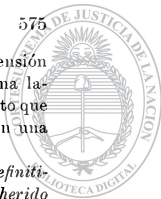
límites del río determinado por la línea á que llegan las más altas aguas en su estado normal.

El artículo se refiere á las arenas ó fango que forman parte del lecho del río, y son cubiertas por las aguas en su estado normal; no así á las que quedan completamente descubiertas y no son ocupadas por las aguas.

La ribera viene á ser una línea determinada por las más altas aguas del río en su estado normal, la ley romana dice: se entiende por ribera la que contiene el río en el estado natural de sus más altas aguas, l. 3, tit. 12, lib. 43. Dig. y viene á diferir de la definición de playa dada en el art. 2340, n° 4, respecto del mar, que tiene flujo y reflujo de que carecen los ríos.—Comp. AUBRY y RAU, § 203, texto á la nota 14. DEMOLOMBE X, 52. PARDESSUS, *Servidumbres*, I, 35.—Véanse arts. 2340, n°s 3 y 4, 2572, 2576 y 2581.

(**Art. 2578.**) El aluvión no puede tener lugar respecto de los terrenos ocupados por aguas inmóviles, encerradas dentro de límites invariables, pues entonces los ribereños no pueden perder ni ganar terreno. Un lago que es una vasta extensión de agua reunida en una cuenca y alimentada por ríos, arroyos, deshielos, lluvias, etc., no es susceptible de secarse, y aunque esas aguas tienen generalmente salida, se opera de una manera tan paulatina que no se nota corriente; se puede decir que el agua está casi inmóvil. Un estanque es una porción de agua reunida en un terreno que tiene pendiente, con ayuda de obras destinadas á embalsarla, y por consiguiente está contenida dentro de un límite fijo, su aumento en nada puede perjudicar á los ribereños, pues no le hará perder su terreno, ni su disminución les hará adquirir. Cualquiera puede hacer estanques en su terreno, siempre que no cause perjuicio á los vecinos.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2577.—En tal caso, no hay aumento de tierra. Las arenas ó el fango están entre las riberas del río. *Ripa ea putamus esse*, dice la Ley Romana. *que plenissimum flumen continet*. L. 3, Tit. 12, Lib. 43, Dig.



que continuán siendo del dueño del lago ó laguna en la extensión que tenía en su estado normal. Así, el propietario de una laguna no adquirirá el terreno que ésta tomara en un aumento que tuvieran sus aguas, ni perderá el dejado á descubierto en una gran seca.

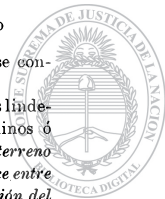
El terreno de aluvión no se adquiere sino cuando está definitivamente formado, y no se considera tal, sino cuando está adherido á la ribera y ha cesado de hacer parte del lecho del río (art. 2581),

Lo mismo sucederá con las lagunas que tienen vertientes y que jamás se secan.

Cuando los lagos fueran navegables por buques de más de cien toneladas, los terrenos que dejase en su lenta evaporación pertenecen al Estado. No considero justa esta teoría, como no lo es la del art. 2572 en que se funda. Cuando el lago no fuera navegable y limitase á los ribereños que tuvieran su propiedad hasta la mitad del lecho, adquirirán el terreno desocupado, pero no podrán pasar de la mitad del antiguo lecho, cuando éste fuera cambiando paulativamente. — Comp. AUBRY y RAU, § 203, texto á la nota 17. DEMOLOMBE X, 25 y MARCADE, al art. 558. GUYEN, art. 410. FREITAS, art. 4170. PROUDHON, *Dom. Priv.* n° 594. — Véanse arts. 2340, n° 5, 2349.

(**Art. 2581.**) El terreno siempre estará adherido á los ribereños del río en el sentido de que estos en su prolongación forman el mismo lecho; y porque sin esa adherencia no hay posibilidad de aluvión: lo que se ha querido expresar es que el aluvión para ser considerado como tal, es necesario que haya dejado de formar parte del lecho, lo que sucederá cuando las aguas en su estado normal no lo cubran ya, y no estuviere separado del lecho por una corriente de agua. Freitas, art. 4172, dice: el aluvión no se reputará completo, cuando el terreno no fuese completamente abandonado por las aguas, ó no quedare completamente en seco, á menos que sea cubierto por una capa superficial de aguas muertas; y así creo que debemos considerarlo por nuestro derecho; porque el terreno separado del lecho del río por una faja de tierra, deberá considerarse como que no forma parte de ese lecho, aunque en su interior formare una

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2578.—Cód. Francés, art. 558—Italiano, 455—Holandés, 653.—Proudhon, *Dominio privado*, n° 594.—Demolombe, tom. 10, nos 25 y siguientes. — La Ley Romana, dice: *Lacus et stagna, licet interdum crevant, interdum exaressant, suos tamen terminos retinent, ideoque in his jus alluvionis non agnoscitur.* L. 12, Dig., *De adq. rer. dom.*



porque si éste volviera á ocuparlo en sus más altas aguas, se considera que forma parte de su cauce.

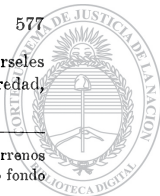
Los terrenos de aluvión adquiridos por los propietarios linderos del río, que no estuvieren separados por calles, caminos ó arroyos se dividirán de esta manera: *cuando se forma un terreno de aluvión á lo largo de muchas heredades, la división se hace entre los propietarios que pueden tener derecho á ella, en proporción del ancho de cada una de las heredades presente sobre el antiguo río (art. 2582)*, sin tener en cuenta la dirección de las líneas que

laguna ó pantano, desde que hay un terreno consistente y firme que lo separa del río. Es diferente de los terrenos que se forman en el lecho mismo del río, convirtiéndose en islas ó islotes, cuya propiedad no la adquiere el Estado en los ríos no navegables, aunque estén bajo su administración: porque si dejare de ser isla y se uniera definitivamente al terreno ribereño sería considerado como aluvión. — Comp. AUBRY y RAU, § 203, texto entre las notas 12 y 13. DEMOLOMBE, X, 49. FREITAS, art. 4172. — Véanse arts. 2572, 2576.

(**Art. 2582.**) Nuestro Código, teniendo presente las dificultades suscitadas con ocasión de la división de los terrenos de aluvión, las ha resuelto, estableciendo como base una fórmula comprensiva y clara que dice: la división debe hacerse en proporción del ancho que cada una de las heredades presente sobre el antiguo río, sin indicar la manera de operar. Aubry y Rau, § 203, texto á la nota 20 de donde fué tomado el artículo, agregan: «sin tener en cuenta la dirección de las líneas que dividan las heredades» palabras suprimidas en la traducción, y que deben considerarse como incorporadas, porque completan la disposición, dándole claridad.

La división no presentará dificultades cuando las líneas que limitan las heredades sean perpendiculares á la corriente del río, pues entonces sólo habrá que prolongarlas; tampoco la presentará cuando el curso del agua forme sinuosidades en la extensión del aluvión, si á pesar de eso la dirección del río fuere la misma; pero cambia de especie cuando el río forma ángulos entrantes ó salientes, porque la prolongación de las líneas no serían en el sentido perpendicular á dicha corriente, y unos tendrían no sólo más frente sino más terreno, desapareciendo la proporcionalidad que debe ser la regla.

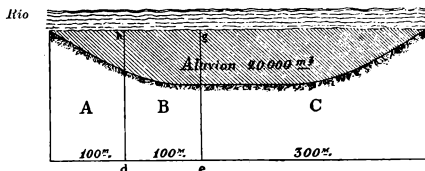
Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2581. — Véase Demolombe, tom. 10, n° 49 y siguientes.



dividen dichas heredades, pues á cada una debe acordárseles el terreno ganado, proporcionalmente al frente de cada heredad, como se explica en el comentario.

La proporción debe ser con relación al ancho que tienen los terrenos sobre el río ó sea el frente, sin consideración á la profundidad ó fondo de estos.

SISTEMA DEL CÓDIGO



Si suponemos que el aluvión formase una superficie de 20,000 metros, esa superficie se dividirá en proporción del frente que cada heredad presentare sobre el antiguo río; así, los propietarios de A, y B, que tienen 100 metros de frente al río recibirán lo que corresponda á su frente, así como á C, que tiene 300; de modo que las líneas *d*, *h*, y *e*, *g*, que limitan la propiedad B, se prolongarán hasta el río y darán á cada uno de los colindantes la superficie designada. El Código supone al aluvión extendiéndose como una faja que tome todas las heredades; pero cuando las propiedades A, y C, sólo tuvieran una faja que no alcanzare sino la mitad de uno y la tercera del otro. ¿Cómo se dividirán? El artículo no lo dice; pero de sus términos que busca la proporcionalidad sobre el frente al río, se debe deducir que la proporción se hará, no sobre la base del terreno total, sino comprendiendo la faja de terreno que tome el aluvión en su terreno; de modo que si el aluvión viene sobre la mitad del terreno A y la tercera de C, se dividirán tomando como base los 50 que toma al primero, los 100 al segundo y los 100 al tercero y corresponderían en esta forma, lo que se encuentre al frente de cada terreno encerrado por sus respectivas líneas.

Nótese que nuestro Código prescinde por completo de las líneas de limitación, separándose en esta parte de los sistemas conocidos.

La Corte de Agen en una notable sentencia ha dado la norma que



Se dijo que no se distinguía el acrecentamiento natural del artificial, cuando este provenía de trabajos defensivos de los ribere-

han seguido muchos tribunales franceses, Dalloz (1854, 2, 229); pero que no está exenta de críticas, porque no satisface en ciertos casos las condiciones de la ley: la proporcionalidad. Este es el sistema de la sentencia: tirar dos perpendiculares á una línea imaginaria trazada en medio del curso del río, y esas dos líneas paralelas que partirán de cada extremidad de la heredad que formaba sobre el antiguo río, encerrarán el terreno de aluvión que corresponde á la heredad. Este sistema no responde á la proporcionalidad, cuando la corriente del río formase ángulos entrantes ó salientes. El sistema del Código Chileno, arts. 650 y 651, es el de prolongar las líneas de los terrenos directamente hacia el agua, y cuando esas líneas se corten antes de llegar á ella, el triángulo formado por aquellas y por el borde del agua, accederá á las dos heredades laterales; una línea recta que lo divida en dos partes iguales, tirada desde el punto de intercepción hasta el agua, será la línea divisoria entre las dos heredades. Este sistema no tiene tampoco en cuenta la proporcionalidad, ni está basado en la equidad y fué el aconsejado por Toullier III, n° 152, y Chardon en su *Tratado de aluvión*, n° 171.

Laurent, VI, n° 294, aceptando la base de la sentencia de Agen á que nos referimos, propone una corrección para el caso de los ángulos entrantes ó salientes, en que no siendo posible tirar una línea recta única que represente el eje del curso de la corriente, será necesario trazar líneas quebradas y sobre ellas se bajarán las perpendiculares que determinarán la parte de los ribereños. Pero como las líneas quebradas tomando entonces por eje de la corriente del río, pueden ser tales que sea posible bajar por el mismo punto extremo de la heredad una perpendicular á cada una de ellas, surgiría una nueva dificultad; se pondría en este caso por línea de limitación la bisectriz del ángulo formado por las perpendiculares.

Mr. Felipe Dupin ha propuesto un sistema que consiste en atribuir á los ribereños las partes de aluvión que serían determinadas por la anchura de sus terrenos en el punto en que terminaba con la antigua ribera comparada con la extensión de la nueva, dividiendo esta última extensión en tantas partes proporcionales como propiedades hubiera que terminasen en la antigua, uniendo estos puntos por líneas rectas á las divisiones correspondientes, marcadas sobre la antigua ribera. Este sistema es el que ha seguido en parte nuestro Código.

¿Cómo adquieren los ribereños los terrenos de aluvión? ¿Deben



ños; por consiguiente, *el aumento de (la) tierra no se reputará efecto espontáneo de las aguas, cuando fuere á consecuencia de obras*

tomar posesión para llegar á ser propietarios? Laurent, con cuya opinión estoy de acuerdo, contesta negativamente, porque la ley es la que los consagra propietarios y no les exige formalidad alguna. Se puede decir, que el ribereño es propietario del aluvión desde el momento en que se forma. LAURENT, VI, 294. DEMOLOMBE, X, 73 y 74. DUPIN, *Enc. de Derecho Vº. Aluvión*.

Para que el terreno de aluvión pueda dividirse entre los ribereños, no es necesario que esté unido en toda su longitud, como lo enseña Demolombe, pues basta que no haya una corriente de agua continua que lo separe para que se considere aluvión, pero si el terreno estuviese unido por una pequeña extensión y lo demás separado por el lecho del río, pertenecería sólo al dueño del terreno á que está unido y en la proporción de su frente.

Freitas, art. 4159, nº 2, dice: «cuando el aluvión se creare en la frontera de los terrenos ribereños de diversos dueños, se dividirá en tantas partes proporcionales cuantos fueren los frentes de los terrenos ribereños en la antigua margen del río, uniéndose por líneas rectas los límites de cada uno de esos terrenos á las divisiones correspondientes de la nueva margen». Sistema que está de acuerdo con el de Dupin y adoptado por nuestro Código.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2582.—La Instituta dice: *Promodo latitudinis cujusque fundi, que latitudo prope ripam sit. De rer. divis., § 22.* Los escritores de derecho están completamente divididos sobre el modo de repartir el terreno de aluvión entre varios ribereños. — Véase Toullier, tom. 3, nº 152.—El Cód. de Chile establece lo siguiente: «Siempre que prolongadas las antedichas líneas de demarcación (de las heredades), se corten una á otra antes de llegar al agua, el triángulo formado por ellas y por el borde del agua, accederá á las dos heredades laterales. Una línea recta que las divida en dos partes iguales, tirada desde el punto de intercepción hasta el agua, será la línea divisoria entre las dos heredades.»

Demolombe defiende con mucha razón al Cód. Francés de la crítica que se le ha hecho de haber guardado silencio sobre el modo de dividir entre los ribereños el terreno de aluvión. Las aguas corrientes, dice, son infinitamente caprichosas: nunca siguen una línea recta, ni una dirección regular: todo lo contrario, sea por la configuración natural de los terrenos ribereños, sea por la acción incesante de las aguas, sus corrientes forman figuras irregulares, sobre las cuales las teorías más racionales en apariencia, son en la práctica imposible.

Nosotros nos reducimos á lo establecido por la Ley Romana. Las cuestiones sobre los terrenos de aluvión, islas, etc., son para nosotros más fáciles,



hechas por los ribereños en perjuicio de otros ribereños. Éstos tienen derecho á pedir el restablecimiento de las aguas en su lecho; y si no fuere posible conseguirlo, pueden demandar la destrucción de esas obras (art. 2579), con la indemnización del daño causado; así,

(Art. 2579.) ¿El aluvión debe ser necesariamente obra de la naturaleza? No lo creo, pues no hay disposición alguna que así lo establezca, y por eso he dicho en el art. 2572, que no se distingue cuando es producido artificialmente por obras de defensa que no perjudiquen á los vecinos: el presente artículo viene á confirmar esa proposición. Cuando el aluvión se produce por obras perjudiciales á los ribereños, lo que puede suceder cuando se hacen trabajos para que el río abandone una ribera y vaya sobre la opuesta, no por eso deja de ser adquirido por el que hizo las obras, con la obligación de pagar los perjuicios, cuando destruyéndolas, el río no volviera á desocupar los terrenos ocupados. Se entiende que tratamos de ríos no navegables. Freitas, art. 4160, comprende en el aluvión, al ribereño cualquiera que sea el terreno, aunque esté separado por paredes, muros ó cualquier obra, sea formado lenta ó súbitamente, ó provocado por plantaciones ú obras que no perjudiquen á los ribereños, ó aunque fueren provocados por obras generales, provinciales ó municipales.

Se dijo que el aluvión debe ser paulatino y lento ¿y cuándo se forma súbitamente por el cambio de la corriente? El ribereño cuyo terreno ha sido invadido, puede hacer las obras necesarias para restablecer el curso cambiado, y si no pudiera obtenerlo, no tendría derecho á indemnización alguna quedando adquirido por el ribereño. Se ha preguntado si el aluvión proveniente de obras ejecutadas por el Estado es adquirido por éste ó por los ribereños; Demolombe, así como Laurent sostienen que debe corresponder al Estado, mientras Aubry y Rau, y lo mismo Freitas, enseñan lo contrario; á cuya opinión me adhiero, porque el Estado es dueño del río no navegable en cuanto es corriente de agua que no es susceptible de ser propiedad particular; pero no es dueño del terreno ocupado, pues si el río llega á desaparecer ó pierde de su volumen, los ribereños adquieren el terreno desocupado.

¿Cómo deben estimarse los perjuicios causados por las obras de los ribereños que han dado por resultado el aluvión en perjuicio de los otros? Algunos piensan que se debe pagar una cantidad de terreno de igual extensión á la adquirida por aluvión. Nuestro Código guarda silencio,

desde que no reconocemos á los ribereños la propiedad de los terrenos sobre los cuales corren los ríos.

todo propietario ribereño podrá pedir preventivamente que no se hagan las obras por los otros ribereños en su perjuicio, y *si los trabajos hechos por uno de los ribereños no fueren simplemente defensivos, y avanzaren sobre la corriente del agua, el propietario de la otra ribera tendrá derecho á demandar la supresión de las obras (art. 2580)*, para que sean destruidas.

§ 724. — DE LA ADJUNCIÓN

La adjunción es una especie de accesión para adquirir el dominio de la cosa, y tiene lugar *cuando dos cosas muebles, pertenecientes á distintos dueños, se unen de tal manera que vienen á formar una sola (art. 2594, 1ª parte)*. Esta manera de adquirir el

porque sólo autoriza á pedir la destrucción de las obras; sin embargo, si con ella no volvieren las aguas á su estado natural, deberá pagar los perjuicios, que se estimarán, no por el terreno tomado por el río, sino por el valor de lo que le queda.—Comp. AUBRY y RAU, § 203, texto y notas 7 y 8. FREITAS, art. 4160, nº 11. DEMOLOMBE, X, 69 y LAURENT, VI, 283 y 284. PROUDHON, *Dom. Priv.* nº 594.—Véanse arts. 2497, 2499, 2500, 2573, 2643 á 2646.

(**Art. 2580.**) El derecho de hacer trabajos para impedir que el río invada los terrenos ribereños, es un derecho perfecto, y los perjuicios que pudiera ocasionar á los de la ribera opuesta, no bastan para limitarlo; no sucederá así, cuando esos trabajos avanzando sobre la corriente tuviesen por objeto el desviarla; en ese caso no es necesario que causara perjuicio al ribereño inmediato, ó al que se encuentra en frente, pues cualquiera de los ribereños más lejanos podría demandar la destrucción de tales trabajos, y si realizándola no pudiera volver el río á su curso natural, podría pedir los perjuicios causados; esto no impedirá que cada uno de los ribereños buscase tomar aluvión haciendo plantaciones sobre las orillas ú otros trabajos para fijar el limo ó las arenas. Será siempre una cuestión de hechos.—Comp. AUBRY y RAU, § 203, nota 7 y DEMOLOMBE, X, 6.

(**Art. 2594.**) Esto es uno de los casos en que no es posible conciliar la explicación de la nota del Dr. Velez-Sarsfield con el texto, y se debe

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2579. — Proudhon, *Dominio privado*, nº 594.—Démolombe, desde el nº 65.





dominio se distingue esencialmente de la especificación, pues la adjunción es la unión de las cosas entre sí, mientras la especificación es la unión de una cosa con el trabajo y viene á confundirse; se distingue igualmente de la confusión, porque en esta se trata de mezcla de diversas materias, que no pueden separarse, mientras en la adjunción forman un todo, pero cada una de las partes se puede distinguir y reconocer.

En la adjunción es necesario distinguir la cosa principal de la accesoria, según las reglas establecidas en el art. 2333; es decir, se reputa principal aquella á la que se unen otras cosas con el fin de uso, ornato ó complemento, ó cuando no fuese posible determinar la principal se considerará como tal la que tuviere mayor valor, y si tienen un valor igual, la que tiene mayor volumen.

Cuando las cosas se unen de buena fe y formando una sola, *el propietario de la principal adquiere la accesoria, aun en el caso de ser posible la separación, pagando al dueño de la cosa accesoria lo que ella valiera (art. 2594)*, pero si fuera de mala fe pagará

desechar por ser contraria á la ley. Por esa razón algunos encuentran injusta la conclusión de que no pueda pedir la separación de la cosa, si pudiera hacerse, como sucede en el caso de la especificación; art. 2569.

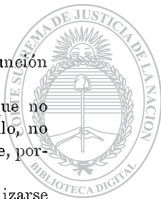
El caso es el siguiente: el que de buena fe ha empleado una cosa robada ó perdida, ó que encuentra en una sucesión creyendo le pertenecía, (siendo depositada ó dada en comodato) la adquirirá por adjunción, si era dueño de la principal, aunque fuera posible la separación, pagando al propietario de la cosa accesoria lo que ella valiere. Conclusión justa, fundada en la buena fe, que hace adquirir la cosa mueble, pues de otro modo podía ser reivindicada del poseedor. Pero si por el contrario, sabía que la cosa era robada ó perdida, y la empleó como accesoria, no la adquirirá por adjunción si puede separarse, como no la adquiere por la especificación en el mismo caso, y puede pedir además que se le devuelva una cosa de igual especie, forma, cantidad, peso ó medida. Es cierto que en las cosas muebles, la posesión vale por título, y eso ha inducido, tal vez, al Dr. Velez-Sarsfield en el error de seguir á Marcadé en la explicación del art. 565, n° 445, considerando que sólo se refiere al caso de mala fe, ó sobre cosas robadas ó perdidas, porque cuando no lo son y fueron empleadas de buena fe, no se necesita de la adjunción para adquirirlas, lo que es exacto en principio, porque la posesión de buena fe, en ese caso hace adquirir la pro-



los daños y perjuicios ocasionados, salvo la acción criminal que pudiera corresponder al propietario. El principio es que no se

piedad; pero esto mismo induce á creer que la ley no ha podido proteger la mala fe, y que el artículo comprende también los casos de buena fe, cuando las cosas son robadas ó perdidas. ¿Por qué concedería al poseedor de mala fe un privilegio que le ha negado en la transformación? Lo único que se puede pedir es que el dueño de la cosa principal no se aproveche de la mala fe para enriquecerse á costa de otro. Cuando el que empleó la cosa de buena fe, que pudiera separarse, fuera dueño de la accesoria, tendrá derecho á que se le pague su valor. Si fuera un tercero de mala fe el que hizo la adjunción y las cosas no pudieran separarse, estará obligado á pagar á los propietarios los daños y perjuicios; si por el contrario lo hubiera hecho de buena fe, siendo las cosas robadas ó perdidas, y el dueño de la principal no quisiera tomarla, sólo deberá el valor de las cosas empleadas. Se entiende que la unión debe ser contra la voluntad del dueño de la cosa.—Comp. AUBRY y RAU, § 205. MARCADCÉ, II, 445, COD. FRANCÉS, art. 566. FREITAS, art. 4206. CÓD. DE CHILE, art. 658. GOYENA, art. 416, l. 35, tít. 28, Part. 3ª, l. 1. 26 y 27, tít. 1. lib. 41, Dig.—Véanse arts. 2333 á 2335, 2598 á 2600.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2594.—L. 35, Tít. 28, Part. 3ª, menos cuando la unión de las dos cosas se ha hecho con diversa materia: por ejemplo, una mano de oro se ha unido con plomo á una estatua de oro. No es entonces un solo cuerpo, pues que una materia extraña separa las cosas unidas. En tal caso, cada uno retiene su propiedad.—LL. 26 y 27, Tít. 1, Lib. 41, Dig.—El Cód. de Chile y el proyecto de Goyena, art. 416, exigen expresamente que la unión se haya hecho de buena fe, y lo mismo debe creerse de la disposición del Derecho Romano y de la Ley citada de Partida, pues estos Códigos hacen perder la materia al que de mala fe la empleó al edificar en terreno ajeno. Pero nosotros no exigimos la buena fe, porque en todo caso el dueño de una de las cosas no debe enriquecerse con la cosa del otro. Podrá exigir daños y perjuicios, y también la acción criminal, si hubiere lugar. Marcadé, por otra razón, supone que todo lo que se establece en el Código Francés es suponiendo que ha habido mala fe. Es de necesidad, dice, penetrarse para la inteligencia de esta materia (de la accesión relativa á las cosas muebles), que las reglas de esta sección no se aplican sino cuando la unión, ó transformación de la cosa ha sido hecha de mala fe, ó sobre cosas perdidas ó robadas. Cuando las cosas no son ni perdidas ni robadas, y han sido empleadas de buena fe, no hay que ocuparse de las reglas de la accesión. No hay que indagar cuál cosa será la principal para atribuir á su dueño la propiedad de la cosa accesoria. Todo está reglado por el artículo del Código que declara que en estos casos las dos cosas unidas pertenecen al que las posee. La posesión vale por el título.... A nuestro juicio, las observaciones de Marcadé son perfectamente fundadas.



debe destruir el todo, separando lo accesorio, cuando la adjunción se hizo de buena fe.

Si la unión se hubiera hecho de buena fe; sobre cosas que no fueran perdidas ó robadas, como la posesión vale por título, no es caso de accesión; ambas cosas pertenecen al que las posee, porque es propietario de ella.

Para que la adjunción tenga lugar, la unión debe realizarse de tal modo que venga á formar una sola cosa, y, que separándola se destruya la unión y armonía del conjunto, ó que esa unión no se haya hecho con la misma materia, y no forme por consiguiente una sola cosa; por ejemplo, si se unió con yeso un brazo de mármol á una estatua de la misma materia, pues estando el brazo separado por una materia extraña, no forma un todo, conservando su individualidad peculiar; en ese caso no hay adjunción.

El principio general de que la adjunción hace adquirir el dominio de la cosa accesorial al dueño de la principal tiene su excepción, *cuando la cosa unida para el embellecimiento, ó perfección de la otra, es por su especie mucho más preciosa que la principal, el dueño de ella puede pedir su separación, aunque no pueda verificarse sin algún deterioro de la cosa á que se ha incorporado (art. 2595);* pero fuera de este caso el principio recobra su im-

(**Art. 2595.**) La unión debe hacerse contra la voluntad del propietario, pues si la hubiera consentido habría un contrato y sólo tendría derecho para reclamar su valor. No se debe aceptar la distinción hecha por Marcadé, sino en un sentido limitado, así, cuando el dueño de la cosa accesorial que es de mayor valor, la ha unido á la de otro sabiendo que era ajena, entonces el dueño de la principal puede sólo devolver su valor; no así cuando la unión se hizo creyendo que ambas cosas le pertenecían. El diamante puesto en el puño de una espada, de mucho más valor que ésta, será devuelto al dueño cuando lo hubiere colocado cre-

En cuanto al artículo el Cód. Francés, art. 593, dispone aún en el caso de ser separables las cosas. Lo mismo el de Nápoles, art. 491.—De Luisiana, artículo 513.

Faltos de la S. C. N.— Aplicación del art. 2594. — La construcción de un buque en la que se han empleado algunos materiales de otro que se hallaba en estado de ruina, importa respecto de éstos el caso de adquisición de dominio por adjunción, y el dueño de los materiales unidos sólo tiene derecho á ser reembolsado de su valor. XXXVII, 2^o.



perio, y el dueño de la materia empleada de mala fe, puede pedir que se le devuelva en igual especie y forma, cantidad, peso ó medida que la que tenía, ó que así se avalue la indemnización que se le debe (art. 2596).

yendo que la espada le pertenecía; pero sólo podrá exigir su valor, cuando lo hizo sabiendo que la espada era ajena. Cuando no se pudiera saber cuál es la cosa principal y la accesoria, se aplicarán las reglas del art. 2334, y si no hubiese cosa principal, se establecerá una especie de condominio.—Comp. MARCADE, al art. 566, n° 446. GOYENA, art. 419. POTHIER, *Propiedad*, n° 179.—Véanse arts. 2333 y 2334.

(Art. 2596.) El presente artículo apoya la interpretación dada al 2594, porque si como lo dice en la nota el Dr. Velez-Sarsfield se aplicara al que hizo la adjunción de mala fe, se encontraría en colisión con el presente. De este modo desaparece en parte la obscuridad que nace de la incompleta redacción. La teoría de la adjunción puede condensarse así: hecha de buena fe, el dueño de la cosa principal tiene derecho á tomar el todo pagando la accesoria si él fué quien hizo la adjunción, ó á pedirle entregue el valor de la cosa empleada, si fué el dueño de la accesoria el que la hizo de buena fe. Se exceptúa cuando la cosa accesoria fuera de mayor importancia y pudiera separarse, en cuyo caso el dueño tendrá derecho á pedir su separación si pudiera verificarse, aunque fuese con algún deterioro. Si la adjunción se hizo de mala fe y las cosas pudieran separarse, el dueño de la principal podrá pedir su separación; y si no fuera posible, demandará la devolución de la cosa en igual especie, forma, cantidad, peso, ó medida, avaluándose así para la indemnización; ó á tomarla para sí pagando la accesoria: si el que hizo la adjunción de mala fe, era dueño de la principal, y pudiera separarse, el dueño de la accesoria tendrá derecho á pedir su separación, y si no pudiera tener lugar, á que se le devuelva una cosa igual en forma, cantidad, peso, ó medida de la empleada, ó que así se avalue para la indemnización.

El artículo se aplica á los casos de mezcla contra la voluntad del propietario. Así, cuando de buena fe he puesto á mi espada un puño de plata fundiendo una pequeña estatua de esta materia, que creía de mi propiedad y resulta robada ó perdida, debo el valor de la plata empleada; si era la espada la que había sido ajena, el dueño puede to-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2595.—L. 16, Tit. 2. Part. 8ª.—Cód. Francés, art. 598.—Italiano, 493.—Napolitano, 493.—de Luisiana, 515.—Pothier, *De la propiedad*, n° 179.



Nuestro artículo se refiere claramente al caso de adjunción, aunque de sus términos pudiera aplicarse á la especificación; sin embargo la colocación dada no se presta á dudas. Si la materia empleada por el tercero de mala fe, fuera la principal, el dueño tendría la opción para quedarse con la cosa pagando la accesoria; ó de pedir se le devuelva, ó se le pague la indemnización correspondiente; pero si fuera de buena fe la haría suya pagando la accesoria. Si la materia empleada por el tercero era lo accesorio, sólo puede pedir se avalore la indemnización que se le debe por la cosa empleada.

§ 725. — DE LA CONFUSIÓN Ó MEZCLA

La confusión ó mezcla de las materias puede tener lugar por la voluntad de una de las partes, ó por un acontecimiento casual; en el primer caso, es necesario distinguir si la mezcla se hizo de buena fe, la nueva cosa será del dueño de la principal que la hizo, salvo la obligación de pagar la cosa mezclada; si se hizo de mala fe, el dueño de la cosa mezclada contra su voluntad, puede pedir otra cosa igual en cantidad, peso ó medida, ó su valor como en el caso del art. 2596.

Cuando cosas secas ó fluidas de diversos dueños se hubiesen confundido ó mezclados, resultando una transformación, si una fuese

marla pagándome la plata del puño, ó en caso de no querer, yo tendré que abonar la espada: si sabía que esta era ajena puede pedirme una igual ó el valor de ella, si no quiere tomarla; si sabía que la estatua de plata era ajena, debo el valor de la obra de arte, no de la plata que ella contenía. En los casos de mala fe, cuando fuera posible la separación, el dueño de la cosa empleada puede demandarla, porque está en el mismo caso de la transformación del art. 2569 y sería injusto negársela. — Comp. MARCADE, el art. 576, n° 453. POTHIER, *Propiedad*, n° 192, y FREITAS, art. 4208. — Véanse arts. 2569, 2589 y 2590.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2596. — Cód. Francés, art. 576. — Italiano, 474. — de Luisiana, 523. — Pothier, De la propiedad, n° 152.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2593. — Véase fallo al art. 2503. — Jur. Civ., V. 392. Sér. 2°.



la principal, el dueño de ella adquiere el dominio del todo, pagando al otro el valor de la materia accesorio (art. 2597), pero no habiendo cosa principal, y siendo las cosas separables, la separación se hará á costa del que las unió sin consentimiento de la otra parte (art. 2598).

(Art. 2597.) La transformación, adjunción y confusión corresponden á un mismo orden de ideas, y deben estar sujetas á las mismas leyes, con pequeñas diferencias. Se deben hacer idénticas distinciones, sobre la buena ó mala fe aplicando las reglas correspondientes á la especificación y adjunción con las variaciones de los arts. 2598 á 2600. No se hará diferencia con la confusión, para la adquisición del dominio, ni por las responsabilidades, porque las unas exijan mayor trabajo ó industria; por ejemplo, en la transformación de mala fe, el dueño de la cosa transformada puede exigir se reduzca á su forma primitiva, si fuera posible y se le entregue, ó caso de no ser posible se le indemnice de todo daño, ó puede tomar la cosa pagando el mayor valor; en la adjunción de mala fe puede pedir la separación si fuera posible ó en caso contrario una cosa igual, ó la indemnización correspondiente al valor de la cosa; en la confusión de mala fe se aplicará la misma regla. Si el dueño de la materia principal la mezcló de mala fe con otra ajena deberá pagar todos los perjuicios; si fué dueño de la materia accesorio y tomó de mala fe la principal, el dueño de ésta tiene opción para tomar el total pagando la accesorio ó para cobrar el valor de la principal, salvo su acción criminal en caso de robo. El artículo habla de la mezcla hecha de buena fe.—Comp. MAYNZ, § 190, nota 6, y l. 5, tit. 1, lib. 6, Dig. Cód. FRANCÉS, art. 574.—Véanse arts. 2567, 2594 y 2596.

(Art. 2598.) En la confusión puede suceder que las cosas confundidas no formen un todo homogéneo y sin embargo sean inseparables, como sucederá con ciertos líquidos que mezclados no componen una nueva especie, sino una mezcla sin nombre. La confusión existirá, aunque las cosas puedan separarse por un procedimiento mecánico, como si se mezclara cebada con maíz, y el dueño de la materia empleada podrá pedir la separación; lo que confirma la interpretación dada al art. 2596. Cuando de mala fe se hubiera mezclado una cosa principal con una acce-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2597.—L. 5, Tit. 1, Lib. 6, Dig.—Maynz, § 190, al fin.

Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2597.—Véase el fallo al art. 2594.—XXXVII, 265.



Para que haya confusión, debe resultar de la mezcla una transformación; es decir, una cosa nueva, diferente de la anterior por su calidad, pues si son de la misma especie y calidad no hay verdadera mezcla; lo mismo cuando las cosas mezcladas, pudieran separarse, porque no forman un todo homogéneo, y el dueño de la principal no adquiere la accesoria.

Cuando de la mezcla no hubiese resultado una nueva especie, *ó siendo inseparables y no habiendo resultado nueva especie de la confusión, ó mezcla, el dueño de la cosa unida sin su voluntad, puede pedir al que hizo la unión ó mezcla, el valor que tenía su cosa antes de la unión (art. 2599); pero si la confusión ó mezcla resulta por un hecho casual, y siendo las cosas inseparables, y no habiendo cosa principal, cada propietario adquiere en el todo un*

soria ajena, el dueño de la principal hará suyo el todo que resultase, pagando la accesoria ó exigirá los perjuicios. La mezcla difiere de la adjudicación en que en ésta las materias se unen formando cuerpos distintos de un solo todo, mientras en aquélla se confunden todas sus partes sin que se puedan distinguir; difiere de la especificación porque en ésta la cosa se transforma por la industria y la mezcla necesita de varias cosas y se hace sin industria. Cuando mezclo mi oro con la plata de otro para hacer una estatua, hay especificación; si sólo hago un lingote, hay mezcla: lo mismo si he tomado la plata de otro para hacer una estatua, hay especificación.—Comp. COD. FRANCÉS, art. 573. CÓD. DE CHILE, art. 664. FREITAS, art. 4213. MARCADÉ, al art. 573. — Véanse arts. 1109, 2334, 2595 y 2597.

(**Art. 2599.**) El principio de que la cosa accesoria sigue á la principal, tendrá su aplicación, cuando de buena fe ó casualmente se hayan mezclado diversas cosas que formen una nueva especie, ó por lo menos un todo homogéneo; pero cuando no lo forman, y sin embargo fueren inseparables, se puede pedir el valor de la mezclada; si la mezcla se hizo de mala fe pagará todos los perjuicios. Este artículo demuestra, que no es necesario que resulte de la confusión ó mezcla una nueva especie como algunos lo han creído; porque entonces no habría título para la adquisición. Basta que las cosas mezcladas no se puedan separar, no habiendo cosa principal ni accesoria para que las adquiriera el que las mezcló. Se entiende que el dueño de la cosa mezclada puede exigir se le reconozca un derecho proporcional á la parte que le corresponde en el total, como en el caso de mezcla casual.—Comp. COD. CALIFORNIA, art. 913.



derecho proporcional á la parte que le corresponda, atendido el valor de las cosas mezcladas ó confundidas (art. 2600); porque no habiendo culpa en la mezcla nadie debe cargar con la responsabilidad de la restitución; pero si hay cosa principal, regirá el art. 2594, y el dueño de la principal tomará el todo pagando la cosa accesoría, aunque no haya verdadera transformación.

Cuando por casualidad se viene á operar una confusión *de hecho*, no habiendo elementos para hacerla cesar, si las cosas mezcladas no pueden separarse, como no hay cosa principal, desde que no hay transformación, el condominio en el todo se impone como la única medida justa y equitativa, teniendo en cuenta el valor de las cosas mezcladas.

§ 726. — DE LA AVULSIÓN

Nuestro Código, siguiendo á Aubry y Rau, se ha separado en parte de lo que en el francés se entiende por avulsión, mejorando la definición dada por dicho Código en cuanto comprende no sólo los casos de superposición, sino los de adjunción, en que la unión viene á ser natural, admitiendo aún el terreno y demás cosas que

(**Art. 2600.**) El artículo no es bien claro, pues se ha querido expresar que la cosa es común, y cada propietario tiene un derecho proporcional á la parte que le corresponda, atendido el valor de las cosas mezcladas con relación al valor del todo; si de las cosas mezcladas, la una valía 10 y 20 la otra, y el todo 60, uno tendría 20 y el otro 40, viceversa si sólo valía 15, uno tendrá 5, y el otro 10. La relación debe ser proporcional al precio de cada cosa con el precio de la cosa total. Freitas, art. 4210, n° 2, dice: siendo inseparables, el todo será común en la proporción de las dos cosas.

Si las cosas son separables se separarán á costa de ambos dueños, pues no hubo culpa en la mezcla. Cuando en la mezcla hay cosa principal, la accesoría seguirá á aquélla y el todo será del dueño de la principal, pagando la accesoría.—Comp. Cód. FRANCÉS, art. 573. GOYENA, art. 422, l. 34, tit. 28, Part^a. 3, l. 5, tit. 1, lib. 6, Dig.

· *Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2600.* — Cód. francés, art. 573. — Italiano, 471. — Napolitano, 418. — de Luisiana, 520. — L. 34, Tit. 28, Part. 3^a. — Inst., Lib. 2, Tit. 1, § 27. — L. 5, Tit. 1, Lib. 6, Dig.

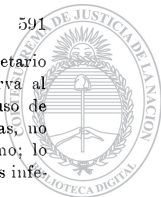


pueden ser arrancadas por la violencia de la corriente. Así, nuestro artículo comprende no sólo á los terrenos, sino á cualquier cosa que arrancase la corriente de los fundos vecinos, depositándolas en los otros, y reputa avulsión, *cuando un río ó un arroyo lleva por una fuerza súbita alguna cosa susceptible de adherencia natural, como tierra, arena ó plantas, y las une, sea por adjunción, sea por superposición, á un campo inferior, ó á un fundo situado en la ribera opuesta*, (entonces) *el dueño de ella conserva su dominio para el solo efecto de llevársela* (**art. 2583**), siempre que pueda reconocerse distintamente.

No es necesario que la parte llevada sea *considerable*, como lo

(**Art. 2583.**) El artículo comprende las cosas arrancadas violentamente y que no se encuentran adheridas naturalmente al terreno que las ha recibido, pues en caso contrario se adquieren por el dueño de éste; conclusión que no reputo justa. Freitas establece la verdadera doctrina, pues, cuando se han adherido naturalmente con el terreno en que estaban los árboles ó plantas, da derecho para reivindicarlas con el terreno á que venían adheridas. Este autor considera que hay aluvión y se adquiere el dominio, cuando una cosa se desligare por violencia súbita de las aguas, adhiriéndose á otro terreno, aunque la parte desligada fuera la superficie ó costra, ó parte subterránea, sea considerable ó no, y de cualquier modo que se adhiresen sea por adjunción lateral ó por superposición. El término de seis meses concedido por el art. 4039, es para las cosas que no se han adherido naturalmente al terreno. Si el dueño del terreno hiciera algún trabajo para que las cosas traídas por la corriente se adhiresen á su terreno, consiguiéndolo, eso no privaría al dueño para reclamarlas dentro de los seis meses y si la adherencia fuera artificial regirían los principios de la adjunción. Opino como Demolombe, X, 110, y otros autores, que el propietario del terreno donde se adhirió las cosas por superposición puede obligar al dueño de éstas para que manifieste si las abandona ó no, y en este caso las saque, pues no tiene derecho para que se las conserven durante los seis meses en que puede reclamarlas. Proudhon, Davel y Chardon apoyan esta tesis.— Véanse arts. 2343 n° 4, 2510, 2584, 2586, 2649 y 4039.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2583—Cód. Francés, art. 559—Italiano, 456—Napolitano, 484—de Luisiana, 503.—Inst. Lib. 2, Tit. 1, § 21.—Sobre los cinco artículos relativos á la avulsión, véase Demolombe, tom. 10, desde el n° 98.



exige el Cód. Francés, basta que se reconozca, y el propietario pueda demostrar que le pertenece. La propiedad la conserva al solo efecto de llevarse las cosas; pero si no quiere hacer uso de ese derecho, el dueño del terreno donde fueron depositadas, no puede obligarlo á sacarlas ni á reclamarle perjuicio alguno; lo que está conforme con el art. 2649 respecto de los terrenos inferiores.

Se entiende igualmente, que el término *llevarse las* indica que debe volverlas á tomar donde se encuentran, y no venir á ejercer dominio sobre las cosas en ese lugar, cuya duda ocurre en derecho francés, pues sólo se autoriza para reclamar su propiedad.

Se ha preguntado si se trata sólo de los terrenos arrancados superficialmente, ó comprende también á los separados en su fondo, como sucedería tratándose de un terreno que ha sido separado bruscamente por un nuevo brazo, siendo incorporado á una isla, ó formándola con el terreno arrancado.

Tronchet al explicar ante el Tribunado el art. 559, que es el nuestro modificado, decía: «no se aplicará sino á la separación de la superficie, y no al caso en que el campo mismo hubiera sido llevado» y así debemos entenderlo por nuestro derecho.

El propietario puede ejercer el derecho para reclamar lo arrancado por la avulsión, durante seis meses, mientras no se haya unido; pero puede obligarlo á sacarlo antes, ó á que lo abandone, art. 4039.

La avulsión sólo comprende las cosas susceptibles de una adherencia natural al terreno que las recibe, como las piedras, árboles, etc.; pero no las maderas ni las construcciones; y *cuando la avulsión fuere de cosas no susceptibles de adherencia natural, es aplicable lo dispuesto sobre cosas perdidas (art. 2586)*, y el propietario estará obligado á dar parte á la autoridad.

(**Art. 2586.**) Si la cosa no era susceptible de adherencia natural y esta se hiciera artificialmente, se aplicarán las reglas de la adyunción ó de la mezcla, según el caso. Si las cosas que no son adheribles naturalmente fueran enterradas en el terreno, se aplicarán las disposiciones de los tesoros, cuando no pudiera conocerse de quiénes fueran. Para los demás objetos muebles adheridos, se aplicarán las disposiciones sobre cosas perdidas, teniendo presente que la posesión de buena fe, en



La adquisición se hace por el propietario del terreno donde las cosas arrancadas por la corriente han sido arrojadas por el río, sin esperar al tiempo de la prescripción, así dice el **art. 2584**: *desde que las cosas desligadas por la avulsión se adhieren naturalmente al terreno ribereño en que fueron á parar, su antiguo dueño no tendrá derecho para reivindicarlas.*

Cuando el dueño de las cosas arrancadas *no quisiera reivindicarlas antes que se adhiriesen al terreno en que las aguas las dejaron, el dueño del terreno no tendrá derecho para exigir que sean removidas (art. 2585)*; pero si las reclamase, deberá tomar y sa-

los muebles, hace adquirir la propiedad irrevocable de ellos, sin necesidad de prescripción, y como la posesión es un título, las cosas perdidas ó robadas se prescribirán por diez ó veinte años habiendo buena fe, y no por treinta. Freitas, art. 4180, dice: siendo imposible la reivindicación por adherencia artificial, se debe aplicar la disposición de la adjunción ó mezcla, según los casos, y así debe entenderse.—Véanse arts. 2531 y 2583.

(**Art. 2584.**) La avulsión como un modo de adquirir el dominio tiene lugar cuando las cosas arrancadas se adhiresen naturalmente al terreno, aunque se reconozcan y distingan; mientras no lo estén, pueden reivindicarse dentro de los seis meses del hecho. Freitas, art. 4175, agrega con más justicia: sólo podrá reivindicarlas juntamente con el terreno á que se adhirieron. El art. 4039 sobre la prescripción participa de la naturaleza de la usucapión y de la prescripción propiamente dicha, porque hace adquirir la cosa no adherida, siendo usucapión, y cuando priva de la acción para reclamarla, es prescripción.—FREITAS, art. 4175. —Véanse arts. 2531 y 2583.

(**Art. 2585.**) Se ha preguntado si antes de los seis meses el propietario del terreno que ha recibido las materias arrastradas por la avulsión, puede exigir al dueño de éstas la manifestación de si las abandona, ó en caso contrario obligarlo á sacarlas. Creo se debe hacer la distinción que traen Aubry y Rau, aceptando el ejercicio de la acción interrogatoria, cuando se tratase de materias superpuestas que perjudicaran al dueño del terreno; pero no en caso de una adjunción lateral en que nada perjudicaría. Demolombe, Proudhon y Chardon admiten la acción interrogatoria de una manera absoluta: tanto para el caso de superposición como el de adjunción lateral, lo que es ir demasiado lejos. La acción sólo puede fundarse en el perjuicio causado al propietario del terreno, perjuicio que

car todas las cosas, sin que pueda elegir unas y abandonar otras, pues se trata de un hecho, que no puede dividirse.

§ 727. — DE LA EDIFICACIÓN Y PLANTACIÓN

La accesión de cosas muebles á un inmueble es también uno de los medios de adquirir el dominio; así, se adquiere por construcción de obra, cuando en terreno propio se edificase con materiales ajenos, ó cuando en terreno ajeno se hiciere cualquier obra con materiales propios ó ajenos. Del mismo modo y en los mismos casos se adquiere por plantación.

Así, pues, *el que sembrare, plantare ó edificare en finca propia con semillas, plantas ó materiales ajenos, adquiere la propiedad de unos y otros; pero estará obligado á pagar su valor; y si hubiere procedido de mala fe, será además condenado al resarcimiento de los daños y perjuicios, y si hubiere lugar, á las consecuencias de la acusación criminal (art. 2587, 1ª parte)*, como sucedería en caso de robo; pero si de buena fe empleó cosas que no eran perdidas ni robadas, y resultaren ajenas, no está obligado ni personalmente, á menos que como heredero del depositario ó comodatario, las hubiera empleado creyéndolas propias de su causante.

El dueño de las semillas, plantas ó materiales, podrá reivindicarlos si le conviniera, si ulteriormente se separasen (art. 2587, 2ª parte) del terreno en que las plantó ó sembró, porque mien-

no puede existir en la adjunción lateral. No es exacto de que las cosas unidas por adjunción tengan necesariamente que unirse por superposición, porque la adjunción lateral demuestra lo contrario; y como las materias llevadas por la avulsión se supone que no están aún unidas, no hay materia de discusión, pues, se considerarán como formando parte del lecho del río; así el propietario del terreno no podrá deducir acción alguna para obligar al dueño á sacarlas.—AUBRY y RAU, § 203, texto y nota 27, FREITAS, art. 4179.— Véase art. 2517.

(**Art. 2587.**) El que de mala fe, empleó materiales ajenos deberá su valor y además los daños y perjuicios causados, como si el dueño los pagó más caros ó si suspendió trabajos cuyo retardo se los ha producido; y aun podrá deducir acción criminal. Nuestro artículo autoriza la reivindicación cuando los materiales se separasen; decidiendo la con-





tras formen parte integrante del suelo donde están incorporados, no podrá hacerlo sin necesidad de examinar, como en el derecho

troversia entre los juriconsultos, aceptando la conclusión aconsejada por Demolombe, quien exceptúa los árboles y las plantas que se alimentan, crecen y transforman en el suelo, existiendo una especie de identificación, más bien que una accesión, pues á decir verdad, al fin de cierto tiempo no son los mismos árboles, ni las mismas plantas; pero no se debe aceptar la excepción, porque nuestro artículo no distingue, autorizando la reivindicación cuando las cosas estuvieran separadas del suelo, siendo una excepción al principio del art. 2762.

La edificación comprende las construcciones hechas sobre el suelo y las realizadas en su interior, como conductos de desagüe, acueductos, etc. Para que los materiales se adquieran por accesión, es necesario que se inmovilicen por su incorporación al inmueble; pero no, cuando sólo lo estuvieran por su destino.

Se ha estudiado la resolución que podría darse á un contrato sobre demolición, cuando el dueño del edificio se negara á ejecutarlo. Creo, con Demolombe, que si en caso de robo, el dueño de los materiales no puede reivindicar los robados, haciendo demoler el edificio contra la voluntad del dueño, menos podrá hacerlo en virtud de un contrato. La ley, teniendo en vista un interés general, no ha permitido la demolición de los edificios contra la voluntad del dueño, y la misma razón existe en uno y otro caso; por consiguiente, la obligación se resolvería en una de pagar daños y perjuicios, siendo éste un caso de excepción al principio del art. 631.—Comp. DEMOLOMBE, IX, n° 668. FREITAS, art. 4188 á 4191. Cód. FRANCÉS, art. 554, y MARCADÉ, á dicho artículo. DURANTON, IV, n° 374. DEMANTE, I, n° 559. GOYENA, art. 403. Cód. DE CHILE, artículo 668, y l. 1, tit. 3, lib. 47, Dig. Véanse arts. 631, 1109, 2519, 2594 y 2762.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2587.—LL. 38 y 43, Tit. 28, Part. 3ª. L. 16, Tit. 2, Part. 3ª.—Inst. Lib. 2, Tit. 1, §§ 29 y 32.—Cód. Francés, art. 554—Napolitano, 479—Holandés, 657—de Luisiana, 499.—Zachariæ, § 297.—Pothier, *Dé la propiedad*, n° 170—Marcadé, sobre el art. 554.—Demolombe, tom. 9, desde el n° 658.—El Digesto dice: *Ne aspectus urbis ruinis deformetur, vel edificia sub ac protestu derinantur, ne vinearum cultura turbetur*. L. 1, Dig., *De tigno juncto*.

Muchos juriconsultos enseñan la solución negativa de lo que dispone el artículo respecto al derecho de reivindicar las semillas, plantas, ó materiales, si ulteriormente se separan, porque, dicen, que el propietario de los materiales ha perdido absolutamente su propiedad por el empleo que se había hecho de ellos. (Duranton, tom. 4. n° 374). Cuando el artículo decide que el propie-



romano, si los árboles han tomado ó no raíz. No podrá tampoco ofrecer la restitución de lo empleado, el que los usó estando obligado á pagar su valor, porque las cosas empleadas han dejado de existir como muebles por su incorporación al suelo, y se puede decir que su substancia ha perecido civilmente, pues no hay ladrillos ó puertas, sino un edificio que forma parte del suelo; sin embargo, como el dueño de los objetos puede tener razones especiales para querer volverlos á tomar, cuando se separasen del suelo á que están adheridos, es necesario reconocerle el derecho de tomarlos si los quisiera.

La disposición del artículo se funda en el interés público, pues no es conveniente la destrucción de los edificios, y por eso se rehusa al propietario de las cosas la reivindicación, autorizándolo únicamente á tomarlas cuando se separasen. Así, el dueño del terreno hace suyos los materiales empleados, aunque lo hubiese hecho de mala fe; pero *cuando de buena fe se edificare, sembrare ó plantare con semillas, ó materiales propios en terreno ajeno, el dueño del terreno tendrá derecho para hacer suya la obra, siembra ó plantación, previas las indemnizaciones correspondientes al edificante, ó sembrador ó plantador de buena fe, sin que éste pueda destruir lo que hubiese edificado, sembrado ó plantado, no consintiendo el dueño del terreno (art. 2588).* ¿Y si no quisiere abo-

(**Art. 2588.**) La hipótesis del artículo es para los casos de construcción hecha de buena fe, con materiales propios en terreno que se creía propio; en ese caso el Cól. Francés, art. 555, acuerda al dueño del terreno la opción entre pagar el valor de los materiales y la mano de obra, ó reembolsar una suma igual al mayor valor adquirido por el terreno; nuestro artículo, inspirado por Zachariae, como lo indica la nota del Dr. Velez-Sarsfield, sólo se limita á decir: el dueño del terreno ten-

tario de los materiales pierde la propiedad de ellos y la adquiere el que los empleó, supone que los materiales están incorporados al suelo. El derecho de propiedad debe revivir para el que no había consentido perderlos, pues podría tener motivos particulares para desear recuperarlos como se hallasen.—Demante, tom. 1. n° 559. — Marcadé, sobre el art. 554. — Demolombe, tom. 9, n° 661.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2587.—No basta para el condominio el hecho de edificar en terreno ajeno.—Jur. Civ., VIII, 394, Ser. 1°.



narlas? El edificador, plantador ó sembrador, tendrá acción para hacerse pagar la indemnización, á menos que le conviniera sacarlos y lo permitiera el dueño del terreno.

drá derecho para hacer suyas las obras, «previas las indemnizaciones correspondientes». Notaremos de paso la incorrección de la expresión de *tendrá derecho*, cuando necesariamente la hace suya por accesión, sin que pueda rechazarla. En cuanto á la indemnización debe ser la indicada en el art. 2587, el valor de las cosas. ¿Pero en qué tiempo se deben estimar? ¿Es el valor pagado por el constructor, ó el que tienen en el momento de la restitución? Me decido por este último, pues el edificante debe recibir un importe igual al de los materiales de modo que pueda adquirir otros de la misma clase, porque si valieran más en el momento de recibirlos, el propietario del terreno se enriquecería á costa de aquél, si valen menos no se perjudicaría el dueño de los materiales recibiendo el precio actual, con el que se adquiriría otros. En cuanto á la mano de obra, debe pagarla, pues está obligado á hacerlo cuando se queda con lo edificado por él de mala fe.

Quando se trata de la restitución de los frutos, los efectos de la buena fe cesarán desde la demanda. El valor de la indemnización será el que tenga la obra en el momento de hacerse la entrega, pues se parte del principio que nadie debe enriquecerse á costa de otro, y el provecho recibido por el propietario del terreno debe estimarse en ese momento, y para sostener esta opinión me fundo en el mismo art. 2427, pues dice claramente, que pagará las mejoras *que existiesen al tiempo de la restitución de la cosa*; no al del reclamo; algunos hacen una excepción respecto á las semillas y plantas, pero no se justifica ante el texto expreso del artículo. Y la aplicación de la regla es sencilla ¿qué se paga al constructor? Los materiales y la mano de obra, pues eso mismo se satisface al sembrador y plantador, con la única diferencia que el edificio ha permanecido siempre el mismo, mientras la semilla se ha convertido en planta y el árbol ha crecido; pero esas transformaciones no se pagan, sino el trabajo para obtenerlas. El que siembra trigo y lo está por cosechar cuando hace la entrega, no tiene más derecho que á lo gastado en semillas, trabajos, cuidados, etc., porque de no pagarlos el propietario del terreno se enriquecería á su costa; pero el crecimiento de las plantas se debe al suelo. El dueño del terreno ha hecho suyo por accesión lo edificado, plantado ó sembrado, y por consiguiente, no puede ofrecer esas mismas cosas como indemnización al que las adhirió al suelo de buena fe.

Refiriéndose el artículo al constructor ó plantador de buena fe,



Por el contrario, *si se ha edificado, sembrado ó plantado de mala fe en terreno ajeno, el dueño del terreno puede pedir la demolición de la obra y la reposición de las cosas á su estado primitivo, á costa del edificante, sembrador ó plantador. Pero si quisiere conservar lo hecho, debe el reembolso del valor de los materiales y de la obra de mano (art. 2589)*, porque en ningún caso le es per-

no comprende al locatario, comprador bajo condición resolutoria y demás que están en esas condiciones poseyendo para el dueño ó que tienen un derecho revocable. Considero más justo y equitativo el art. 555, Cód. Francés, que ofrece la opción al dueño, y deberíamos volver á ella en caso de una reforma.—Comp. MARCADÉ, al art. 555. DEMOLOMBE, IX, n.º 672 y sig. ZACHARIE, § 297, texto y nota 7. AUBRY y RAU, § 204, letra b. GOYENA, art. 404. FREITAS, 4188, 4189 y 4190. COD. DE CHILE, art. 669.—Véanse arts. 1535, 1620, 2427, 2441, 2587 y 2589.

(**Art. 2589.**) Las conclusiones de este artículo se fundan en que el dueño no puede ser obligado á permitir que los extraños dispongan de su terreno, y por esta razón puede exigir se lo dejen en el primitivo estado, y aun pedir los daños y perjuicios causados, pero cuando no usare de este derecho y quisiera quedarse con lo edificado y plantado, como

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2588.—LL. 41 y 42, Tit. 28, Part. 3ª.—Véase Inst. Lib. 2, Tit. 1, § 30.—Zachariae, § 297 y notas 6 y siguientes.

Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2588.—El que ha comprado una área de terreno y edifica sobre una área mayor, obra de mala fe.

El dueño del terreno que ha visto y no ha impedido el edificio, obra también de mala fe.

En el caso de la mala fe por parte del dueño de la obra y del terreno, se deben aplicar las disposiciones relativas á la edificación de buena fe en terreno ajeno.

Cuando según estas disposiciones, el dueño del terreno no puede hacer suyo el edificio ó indemnizar al edificante, sin causarle gran perjuicio, debe éste indemnizar á aquél el valor del terreno ocupado, con los intereses legales desde el día de la compra. XXIV, 463,—y LXII, 234.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2588.—El propietario que por descuido ó negligencia pierde la oportunidad de hacer declarar judicialmente nula una escritura simulada, la posesión que tenía justifica su buena fe, y por consiguiente, deben serle pagadas las mejoras hechas, previa tasación de peritos.—Jur. Civ., I, 52, Sér. 2ª.

La hipoteca de un inmueble se extiende á todos los accesorios y mejoras sobrevinientes, y el deudor no puede exigir del tercero comprador en remate indemnización por los edificios construidos después del gravamen. Jur. Civ. XII, 125, Sér. 4ª.



mitido enriquecerse con perjuicio de otro; pero como el dueño del terreno tiene derecho para destruir la obra, es claro que podrá ob-

nadie debe enriquecerse á costa de otro, deberá pagar el valor de los materiales y la mano de obra por lo que valiera en el momento de la entrega, no en el del reclamo, como lo sostienen algunos, porque la obligación se funda en el enriquecimiento actual y no en el que pudo obtener. Esta opinión está fundada en el artículo anterior. Cuando el dueño del terreno quisiera quedarse con las obras ó plantaciones, hechas de buena ó mala fe, se debe atender á lo que ellas valieran sin tener en cuenta el mayor ó menor valor del terreno. El dueño del terreno puede compensar el valor de lo edificado, ó plantado, con lo que el poseedor le debiera por ocasión de los frutos percibidos siendo poseedor de mala fe.

Téngase presente, que si bien, en apariencia, están en la misma categoría el poseedor de buena fe con el de mala fe, no pueden estarlo, porque éste puede ser obligado á destruir lo hecho y aquél no. La buena fe debe tenerse cuando se ejecutaron los trabajos; la mala fe sobreviniente no le perjudicará respecto de lo ejecutado. Cuando el dueño del terreno tuviera derecho á cobrar los frutos producidos por las construcciones, el constructor de mala fe podrá compensarlos con los intereses que han debido producir los capitales empleados, porque no sería justo que devolviera los alquileres de las casas construidas con su dinero. y no fuera indemnizado del interés del capital empleado.—Comp. DEMOLOMBE, IX, 672 y sig. ZACHARLE, § 297, texto y nota 7. AUBRY y RAU, § 204. FREITAS, art. 4194 y GOYENA, art. 406.

Parece injusto que cuando el propietario del terreno haya tomado ó robado los materiales para incorporarlos á su predio, no sea obligado á destruir lo hecho y á devolverlo, mientras se obliga á la destrucción al que con sus materiales edificó de mala fe en terreno ajeno. Pero ha sido necesario salvaguardar al propietario, cuyo derecho sufre un ataque demasiado grave, y á quien puede ponerse en serias dificultades para pagar los materiales y la mano de obra, que no necesita ó le causaren perjuicios.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2589.—Cód. Francés, art. 555.—Ortolan, sobre el § 25, Tit. 1, Lib. 2, Inst., 2ª cuestión.—La L. 42, Tit. 28, Part. 3ª, dice: Qual one quier que labrase edificio, ó sembrase en heredad ajena, habiendo mala fe, pierde todo cuanto y labró ó sembró. La Ley Romana dispone lo mismo: Si quis in alieno solo edificaverit... si scit, alienum solum esse, sua voluntate amississe proprietatem materiarum intelligitur, itaque, neque diructo quidem edificio, vindictio ejus materiarum competit. L. 7, Tit. 1, Lib. 41, Dig. Esta disposición la



tenerla por menos, desde que está en su poder el dejar sin valor el trabajo de mano. Si á consecuencia de la edificación, plantación ó destrucción se ocasionare perjuicio al dueño del terreno, podrá demandarlos del plantador ó edificador de mala fe.

Cuando haya habido mala fe, no sólo por parte del que edifica, siembra ó planta en terreno ajeno, sino también por parte del dueño, se arreglarán los derechos de uno y otro según lo dispuesto respecto al edificante de buena fe (art. 2590, 1ª parte); porque ambos han pretendido lucrar á costa uno de otro, y sería injusto autorizar al dueño del terreno que no impidió la edificación pudiendo hacerlo, que se aprovechase del trabajo ajeno, pagando sólo los materiales. Se entiende haber mala fe por parte del dueño, siempre que el edificio, siembra ó plantación, se hicieren á vista y ciencia del mismo y sin oposición suya (art. 2590, 2ª parte).

(Art. 2590.) La ley no distingue, y por consiguiente sean los materiales propios ó ajenos será considerado como edificador ó plantador de buena fe; pues haciendo las construcciones en presencia del dueño, sin su oposición, se entiende que obra como un gestor de negocios. La l. 5, § 2, tit. 4, lib. 44, Dig., dice: «hay mala fe en haberle dejado construir... *Idolo enim feci, qui passus sum cum edificare, et non reddo impensas.* Y la regla 145, Dig., de que nadie se puede quejar de haber sido engañado en un asunto que ha tenido conocimiento....» Como la excepción se funda en el conocimiento del dueño del terreno, si éste lo negare, el edificador ó plantador debe demostrarlo por cualquier género de prueba. ¿En qué tiempo debe hacerse la oposición? En el momento de comenzar la obra, para impedir al edificador ó plantador continúe haciendo un uso indebido del terreno; si en ese tiempo no lo supo y llega á saberlo á la mitad ó á la conclusión, está obligado á hacer la oposición respectiva,

confirmó Justiniano en la Inst., Lib. 2, Tit. 1, § 30.—Pothier la sostiene en el n° 277 de su obra. Tratado *Du donaire*, sobreponiéndose al principio: *Neminem aequum est cum alterius danno locupletari*, y la razón que da, es por haber en tal caso una donación presunta. El Cód. Francés en el artículo citado se separa de ese falso antecedente de una donación presunta. El Código ha querido, dice Marcadé, y ha sabido ser justo. Ha dicho que nadie debe jamás enriquecerse á costa de otro, aunque éste sea un hombre de mala fe. Declara que si las construcciones son hechas sobre nuestro terreno, sabiendo el que las hacía que el terreno no le pertenecía, podemos hacerlas alzar, ó reembolsarle todo lo que ha gastado. El dueño del terreno, teniendo el derecho de hacer destruir la obra, es claro que podrá ofrecer por ella mucho menos que lo que ha costado.—Véase Zachariæ, § 257.



Cuando las obras hubieran sido contratadas con empresarios, como no sería posible pedir á éste la justificación de que los materiales le pertenecen se ha dispuesto, que *si el dueño de la obra la hiciese con materiales ajenos, el dueño de los materiales ninguna acción tendrá contra el dueño del terreno, y sólo podrá exigir del dueño del terreno la indemnización que éste hubiere de pagar al dueño de la obra (art. 2591)*; pero si hubiese mala fe por su

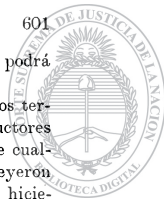
para que no continúe, y su silencio posterior validaría lo que se hubiese hecho anteriormente. Freitas, art. 4199, dice: el dueño del terreno debe oponerse inmediatamente, para no ser considerado de mala fe.—Comp. GOYENA, art. 407, l. 25, tit. 34, Part. 7ª. — Véanse arts. 795, 918, 932 y 1111.

(**Art. 2591.**) Tres hipótesis pueden tener lugar: 1ª, cuando la obra se hubiera contratado por el dueño del terreno, y el empresario la hiciere con materiales ajenos; 2ª, cuando fuera poseedor de buena fe, y la hubiera hecho con materiales ajenos; 3ª, cuando fuera poseedor de mala fe y la hiciere con materiales ajenos. En las tres hipótesis se debe sentar como principio, que el propietario del terreno no tiene relación alguna de derecho con el dueño de los materiales, y que éste ejercita las acciones permitidas por el Código para pedir la indemnización á que tendría derecho el constructor, sin necesidad de hacerse autorizar por el juez para sustituirlo. En el 1º y 2º caso puede hacerse pagar en los términos del art. 2588, y en el 3º según lo establece el art. 2589. Mientras el inmueble permanezca en poder del dueño puede ejercitarse el privilegio sobre las construcciones por el valor de los materiales y la mano de obra en caso de concurso (arts. 3932 y 3933); no así cuando ha pasado el bien raíz á poder de terceros, á menos de deber el precio ó parte de él, sobre el que deberá ejercitarse el privilegio.

El privilegio del constructor ó del que ha dado los materiales se hará valer sólo cuando el inmueble permanezca en poder del deudor; los terceros adquirentes nada tienen que ver, á menos de haberse obligado personalmente. Así, en las hipótesis propuestas, el dueño de los materiales tendrá una acción personal contra el del terreno que ha pasado á manos de otro para hacerse pagar los materiales y la mano de obra.—Comp. MARCADE, al art. 555, nº 432.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2590.—L. 25, Tit. 34, Part. 7ª.—L. 5, § 2, Tit. 4, Lib. 44, Díg., y regla 145, idem.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2590.—Véase el fallo al artículo 2588, XXVI, 46º.



parte, ó se uniera con el dueño de la obra para defraudarlo, podrá deducir en su contra las acciones del caso.

El artículo comprende las construcciones hechas por los terceros en terreno ajeno, con materiales ajenos, sean constructores que hubiesen tratado con el dueño del terreno, sea que de cualquier otro modo las hicieren; si son de buena fe porque creyeron el terreno propio, tendrán los derechos del art. 2588; si lo hicieron de mala fe, los del art. 2589. Los dueños de los materiales seguirán la suerte del constructor en sus relaciones con el dueño del terreno, salvo, naturalmente, su derecho para repetir los daños y perjuicios contra el que usó indebidamente de los materiales.

Freitas, art. 4196, dice: «el dueño de los materiales ninguna acción tendrá contra el dueño del terreno, á menos que éste por cualquier modo participase de la mala fe del dueño de la obra, por el empleo de los materiales que no eran suyos» y así debemos considerarlo entre nosotros, porque entonces la mala fe crea una relación de derecho proveniente del acto ilícito.—Comp. AUBRY y RAU. § 204, texto y nota 10. GOYENA, art. 408.—Véanse arts. 1196 y 1645.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2591.—En cuanto á las relaciones de derecho que en el caso del artículo se establecen, por el hecho de la construcción, entre el constructor y el propietario de los materiales.—Véase Marcadé, sobre el art. 555, n.º 7.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación al art. 2591.—Los subempresarios ó empleados que han contratado con los empresarios, no gozan de privilegio sobre el inmueble en que han puesto su trabajo ó invertido sus materiales ó artefactos necesarios para la construcción Jur. Civ., IV, 284, Ser. 1.º



§ 728. — DE LA TRADICIÓN TRANSLATIVA DE DOMINIO

La tradición es uno de los principales medios para adquirir la propiedad de las cosas. Se ha discutido sobre si la tradición es un hecho, un acto jurídico ó un contrato, y me decido por la opinión de Savigny, Maynz y Freitas que la consideran como contrato y así lo he sostenido en el art. 2377.

Considerada como contrato, necesita de todas las condiciones de éstos; es decir, de dos personas capaces, la una de enajenar y la otra de recibir. No hay tradición entre personas que no pueden consentir, y para que sea válida y transfiera el dominio, el tradente debe ser propietario de la cosa y tener capacidad para enajenarla, y el que la recibe debe aceptar la cosa con intención de apropiársela. Puede operarse igualmente, en la toma de posesión por el adquirente capaz con ánimo de hacerla suya con consentimiento del propietario.

Precisamente porque la tradición es un contrato que reúne todas las condiciones de los demás, es que el propietario puede hacerse representar por otro para realizarla, y lo mismo el que la recibe; si fuera un hecho donde no se necesitara de la voluntad de las partes, la representación no tendría lugar.

En la tradición el que recibe la cosa debe adquirir el poder físico de disponer de ella, sea teniéndola en su poder ú otro en su representación; así, el propietario no podría hacer la tradición si no tiene la cosa bajo su poder.

La ley ha condensado todas estas condiciones al decir en el



art. 2601: *para que la tradición translativa de la posesión haga adquirir el dominio de la cosa que se entrega, debe ser hecha por el*

(Art. 2601.) Aquí se nos vuelve á presentar la cuestión tratada en el comentario al art. 2377 sobre si la tradición es un contrato; pero como tiene una gran importancia, pues de no considerarla como contrato destruiríamos toda la economía del Código, volvemos sobre ella. En todo contrato se deben considerar dos tiempos, el del contrato mismo y el de la ejecución, que en el fondo es otro contrato, porque lleva en sí todos los elementos. Es cierto que contraer una obligación es prometer, pero el cumplimiento se dice no es una convención. ¿Por qué no sería un contrato, cuando se trata de la entrega de una cosa? ¿No hay acaso dos personas, y el acuerdo de las voluntades para reglar sus derechos? Cuando se hace la tradición por pago extinguiendo una obligación; ¿no es necesario capacidad en el momento del pago en la persona que entrega y en la que recibe? Tan es así, que no habría pago si alguna de las dos no fuera capaz.

Que la tradición en sí misma no es translativa del dominio, no es un argumento de peso; porque no hay contrato que por sí sólo transfiera el dominio. Si la transmisión del dominio necesita, es cierto, de dos contratos, de los que el uno sirve de base y fundamento al otro, no se deduce que la tradición no sea un contrato. El contrato translativo de la propiedad no la transmite; la tradición sin el contrato, tampoco; y lo que se sigue de esto, no es que la tradición no sea un contrato, sino que necesita de los dos actos unidos para que el dominio se transfiera. Lo que prueba evidentemente que la tradición es un contrato como los demás, es que el dominio no se adquiere, cuando la tradición ha tenido lugar entre personas incapaces, si fuera una consecuencia necesaria é ineludible de lo pactado, no habría necesidad de voluntad. Tememos como ejemplo la compraventa. Vendo una cosa determinada por un precio en dinero; comprador y vendedor somos capaces; pero al hacer la entrega resulta que el comprador ha sido declarado incapaz; si la tradición no fuera un contrato yo habría entregado la cosa válidamente al incapaz; pero como lo es, necesito capacidad para consentir y recibir. Savigny, Maynz y Freitas apoyan esta opinión.

La tradición debe ser hecha por el propietario ó su representante; porque si no lo fuera, sólo se transmitiría la mera tenencia, pues, nadie puede transferir á otro un derecho más extenso del que tenía.

La capacidad del propietario para transmitir la cosa debe tenerla en el momento de hacer la tradición, de modo que si lo hubiera sido en el



propietario que tenga capacidad para enajenar, y el que la reciba ser capaz de adquirir.

del contrato, y no lo fuera en el de la tradición, no habría transferencia. Puede ser capaz el que hace la tradición en cuanto al consentimiento y enajenación; pero si no tiene la cosa ofrecida porque otro la detenta, sería imposible la tradición.

La capacidad de adquirir del que recibe la cosa debe ir acompañada de la intención ó ánimo de adquirirla para sí, porque si no lo tuviera no habría transmisión de la propiedad.

Debe hacerse una excepción al principio general de que la tradición del inmueble hecha con título suficiente basta para transferir el dominio; porque en la venta al contado, aunque se haga la tradición, no se transfiere el dominio hasta que no se hubiere pagado el precio, y el vendedor puede reivindicarla aún de manos de terceros poseedores, art. 3923.

Cuando la tradición se ha hecho por el que no era el propietario, transferirá la propiedad si el dueño la aceptara posteriormente.—Comp. MAYNZ, § 192. POTHIER, *Propiedad*, n^{os} 194 y 218. Cód. DE CHILE, art. 670, l. 20, tit. 1, lib. 41 y l. 54, tit. 17, lib. 50, Dig.—Véanse arts. 577, 738 y 739, 1040 á 1045, 2355, 2377 á 2383, 2392, 2393, 2399, 2602, 2603, 2609, 3265 y 4010.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2601.—LL. del Tit. 30, Part. 3^a. Sobre la materia, Maynz, § 152.—Este autor trata de todas las condiciones que debe tener la tradición translativa de dominio.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2601.—Cada estado tiene poder exclusivo de legislación sobre los bienes raíces situados en su territorio, y éstos no pueden ser poseídos, adquiridos ni vendidos, sino conforme á las leyes ó estatuto real de la tierra donde estén ubicados. — XVI, 18.

Para que se perfeccione el contrato de compraventa de inmuebles y se adquiera el dominio, es necesario la tradición al comprador.

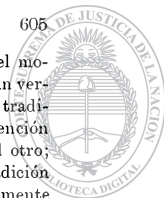
Esta tradición debe ser real, ó siquiera simbólica, expresándose en el título que el comprador se da por recibido. — XXI, 117.

Para que se admita la demanda de desalojo fundada en el dominio, es necesario probar la adquisición de éste.

El dominio de una cosa inmueble no se adquiere con el solo título. Es necesario que éste sea seguido de posesión adquirida por la tradición. — XXXII, 301.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2601.—Para que la acción reivindicatoria prospere, el demandante debe justificar que había adquirido por medio de la tradición translativa de la posesión, el dominio del inmueble. —Jur. Civ., VIII, 301, Sér. 3^a.

La escritura pública, como título translativo del dominio, no basta para exi-



La capacidad de ambos contratantes debe existir en el momento mismo de realizar la tradición, probando así que es un verdadero contrato; porque si uno de ellos no fuera capaz, la tradición no tendría valor. Es también esencial que exista la intención de transferir la propiedad en el uno, y de adquirirla en el otro; porque si alguno de los contratantes no la tuviera, la tradición no habría tenido lugar; esa intención supone necesariamente una persona determinada á quien se entregue la propiedad, porque no se puede transferir una cosa á persona indeterminada. Cuando las cosas se abandonan como en el caso del art. 2529 la adquisición se hará como allí se dijo.

En general, la tradición es el resultado de un contrato anterior que la explica y le sirve de título justificativo, lo que ha hecho confundirla con el contrato mismo; por eso dice el **art. 2602**:

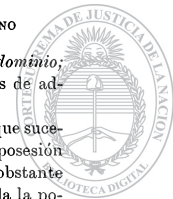
(**Art. 2602.**) Se entiende por título suficiente, el que se funda en un contrato para transferir el dominio, como la compra-venta, permuta, etc., pues la tradición ó entrega de la cosa en préstamo ó locación no lo transfiere, aunque el adquirente haya tenido intención de tomarla para sí, porque la voluntad de ambos debe coincidir en cuanto al acto. La causa ó título para adquirir es una cosa, y otra el modo de adquirir; ambas deben unirse para que la transmisión de la propiedad se opere. En las sucesiones se hace una excepción, en el caso del art. 3410, porque el heredero entra en posesión por la muerte de su causante. La ley romana dice: «la simple entrega de una cosa no transfiere jamás el dominio, ni produce este efecto sino cuando ha sido precedida de una venta, ó de otra causa legítima que ha dado lugar á la tradición», l. 31, tit. 1, lib. 41, Dig.

El justo título para adquirir el dominio se deriva de los actos entre vivos, de los judiciales y de las disposiciones de última voluntad, siempre que unos y otros tuvieren por fin transmitirlo; mientras los modos

gir la posesión; debe gestionarse previamente la entrega de la cosa por medio de la tradición. — Jur. Civ., V, 180, Sér. 3ª.

El vendedor está obligado á hacer la tradición material del inmueble vendido, sin que sea bastante la manifestación hecha declarándose desposeído en el instrumento de venta. — Jur. Civ., IX, 112, Sér. 4ª.

Los frutos civiles de la cosa comprada (arrendamientos) sólo corresponden al comprador desde la fecha en que se hizo la tradición: el vendedor tiene derecho al cobro de los vencidos, aun cuando el comprador reúna el carácter de arrendatario. — Jur. Civ., XI, 62, Sér. 3ª.



la tradición debe ser por título suficiente para transferir el dominio; es decir, debe existir la intención en ambos contratantes de adquirir y de transferir.

Cuando la remisión ó entrega no pudiera hacerse, lo que sucederá si el propietario ó el que se dice tal no tuviera la posesión de la cosa porque otro la detentare como suya, podrá no obstante ceder su acción reivindicatoria, y si bien la cesión si no da la posesión inmediata al cesionario, lo autoriza para reclamar la cosa de cualquier poseedor.

La intención de transferir el dominio es tan esencial en el que entrega la cosa, como la de adquirir en el que la recibe, de modo, que si uno la entrega como el resultado de una venta, y el otro la recibe en prenda, no hay tradición de dominio; lo mismo sucederá si la hubiese entregado en prenda y el otro la recibiese en compra.

En la tradición se debe tener presente la disposición del art. 3270, pues nadie puede transferir un derecho más extenso del que gozaba, así como la del art. 498, que declara intransmisible los derechos inherentes á la persona, es con relación á estos principios que dice el **art. 2603**: *los únicos derechos que pueden*

de adquirir pueden ser la apropiación, el hallazgo, la transformación, la adjunción, la tradición, etc. Freitas, art. 4074, comprende entre los modos de adquirir, la cesión del derecho de reivindicar, el remate ó adjudicación del derecho de reivindicar, que nosotros rechazamos, porque no da el dominio mismo, hasta que la reivindicación no tiene lugar.

El título debe ser válido respecto de la persona á quien se confiere, como lo establece el Cód. Civil Chileno, art. 675, porque el título de donación irrevocable no transfiere el dominio entre los cónyuges.—Véanse arts. 1180, 2355, 2378, 2595, 4009, 2010 y 4012.

(**Art. 2603.**) Este artículo es un corolario del art. 3270, y el principio en él consignado no reconoce excepción ni aun tratándose del de-

Nota del Dr. Feter-Sarsfield al art. 2602. — L. 31, Tit. 1, Lib. 41. Dig.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2602.—Véase el fallo al artículo anterior. — XXXII. 301. — LV. 272.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2602.—La promesa de venta, no basta para la transmisión de la propiedad—Jur. Com., I, 196, Sér. 1ª.



transmitirse por la tradición, son los que son propios del que la hace.

recho de posesión, que puede transmitirse por la tradición; pues el que ha poseído un año sin interrupción tiene el derecho de defenderse en ella, y pedir á la autoridad lo proteja en la posesión; ese derecho puede transmitirlo entregando la cosa á otro por contrato, quien podrá invocar el de su causante. «La tradición, dice la l. 20, tít. 1, lib. 41, Dig., no puede ni debe transferir á aquel que recibe la cosa más derecho del que tenía el que hace la tradición», por consiguiente, podrán transferirse los derechos de nulidad, resolución ó rescisión si no se fundan en un derecho inherente á la persona, y se ejerzan contra el contratante originario. No hay razón para impedir la transferencia de un derecho que se puede ejercitar.—Comp. Cód. DE CHILE, art. 682. POTHIER, *Propiedad*, n° 219. — Véanse arts. 2505, 2601. y 3270.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2603. — L. 12, Tit. 34, Part. 7ª. — L. 54, Tit. 17. Lib. 50, Dig. — La L. 20. Tit. 1, Lib. 41, Dig. dice: *Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum qui tradit; si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert: sic non habuit, ad eum qui accipi nihil transfert.*

CAPÍTULO V

§ 729. — DE LA EXTINCIÓN DEL DOMINIO

Por nuestra legislación uno de los caracteres principales de la propiedad es su irrevocabilidad, como lo expresamos en el art. 2510, pues considera al dominio como perpetuo; por excepción se declara revocable cuando el título de transmisión llevara la condición de revocarse en ciertos casos, como en las ventas con pacto de retroventa ó en las con pacto comisorio, previa declaración judicial. La revocabilidad no comprende la extinción del derecho de propiedad por desaparición ó destrucción de las cosas; así, dice el **art. 2604**: *el derecho de propiedad se extingue de una*

(**Art 2604.**) Se deben tener presentes las reglas sobre la transformación y accesión para determinar cómo se opera la extinción de la propiedad. La destrucción total de la cosa se puede referir á su transformación, como si de las uvas se hiciera vino, ó á su desaparición, como si la cosa se quema a reduciéndose á cenizas; en el segundo caso la desaparición de las cosas trae la extinción absoluta del derecho de propiedad, y sólo parcial cuando quedaran despojos que pertenecen al propietario. La propiedad es la posesión de la cosa, fundada en un título translativo que la hace adquirir al que la recibe; así, cuando la posesión se pierde permaneciendo el título que confiere el derecho para reclamarla, la propiedad no se ha extinguido habiéndose limitado únicamente el derecho. Cuando la propiedad se transfiere, la extinción sólo es relativa al que la pierde, porque otro la adquiere; pero cuando la cosa se destruye, cesa de una manera absoluta. La posesión puede estar separada de la propiedad, y en ese caso sólo confiere el derecho de posesión, cuando se ha tenido la cosa durante un año, á nombre propio, y puede hacerse proteger en ella; pero cuando no tiene título, sólo podrá adquirir la propiedad





manera absoluta por la destrucción ó consumo total de la cosa que estaba sometida á él, ó cuando la cosa es puesta fuera del comercio; en el primer caso el dominio se extiende sobre los despojos, cuando estos existieren. Una inundación por prolongada que fuera no extinguiría el dominio del terreno ocupado por las aguas.

Cuando un río hubiera variado de cauce violentamente tomando parte del terreno, el dominio no se extinguiría totalmente, respecto de la parte ocupada, pues el terreno sería siempre del dueño, si el río volviera á su antiguo cauce, y el Estado debería entregarlo, si lo hubiera tomado; porque la razón del cambio del dominio ha dejado de existir.

La cosa puede salir del comercio en virtud de una expropiación por causa de utilidad pública ó por cesión voluntaria para utilidad común, como lo donado para una plaza pública, y semejante transformación en el uso de la cosa, la hace desaparecer del dominio privado.

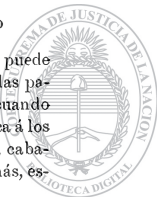
Cesa igualmente el dominio de una cosa por su consumo, que puede ser material, como si la transformamos por el uso, pues en la naturaleza no hay verdadera destrucción, desde que la materia es indestructible, ó porque sea imposible reconocerla, como en el caso del dinero que se juzga consumido desde su entrega á otro para que disponga de él.

La propiedad de los animales salvajes ó domesticados se acaba cuando recuperan su antigua libertad, ó pierden la costumbre de volver á la residencia de su dueño (art. 2605); respecto de los

por prescripción.—Comp. AUBRY y RAU, § 220, texto á la nota 1 y 2. FREITAS, art. 4055, n° 1. POTHIER, *Propiedad*, n° 264 y sigs.—Véanse arts. 2337, 2451, 2453, 2606, 2934 y 3803 y las notas á los dos últimos artículos.

(**Art. 2605.**) Freitas, art. 4272, hace extinguir el dominio: por la fuga de los animales, como en el presente; por el abandono de la cosa en el art. 2607; por la percepción de frutos que nuestro Código no trae expresamente; por la transformación, como el art. 2567; por la enajena-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2604.—Para el primer caso tenemos el ejemplo en el dinero que lo juzgamos consumido desde que lo entregamos á otro, aunque la materia exista. Para el segundo, cuando un río forma un nuevo lecho en un terreno de propiedad privada.



animales salvajes se convierten en *res nullius*, y cualquiera puede matarlos ó cazarlos; pero los animales domesticados, como las palomas que viven en completa libertad, sólo se pierden, cuando dejan de volver á sus guaridas; mas el artículo no se aplica á los animales domésticos y menos aun á los que como las vacas, caballos ú ovejas, tienen una señal que los distingue de los demás, estableciendo la propiedad.

Los animales salvajes que recobran su libertad, y los domesticados que no vuelven á sus guaridas, se pierden para el propietario, y será dueño de ellos el primero que los tomare, aunque tuvieran alguna señal que los hiciera distinguir y reconocer.

ción de las cosas, como el art. 2609; por la enajenación del derecho del reivindicante, que no se puede admitir como adquisición inmediata de dominio, pero sí como pérdida de él; por la constitución del condominio, en que sólo se pierde en parte, limitándose el derecho; por la transmisión judicial del dominio, como en el art. 2610; por la transmisión judicial del derecho de reivindicación; por la accesión por adherencia, comprendiendo el aluvión, la avulsión, la adjunción, la edificación y plantación; y finalmente por la pérdida de la cosa, como en el caso del art. 2604.

Los animales salvajes, mientras gozan de su libertad, no pertenecen á persona alguna, y su propiedad se adquiere por el hecho de tomarlos, y se pierde del mismo modo, cuando recobran su libertad: así respecto de esos animales el derecho se funda en la aprehensión conservándose mientras los tenemos en nuestro poder. — Véase la nota al art. 2544.

Los animales domesticados se deben distinguir de los domésticos: los domesticados viven en completa libertad, como las palomas, abejas, etc., y sólo los poseemos por la costumbre que tienen de volver á sus guaridas, mientras los domésticos, acompañan siempre al hombre sin tener los medios de substraerse inmediatamente á su acción, como son todas las aves llamadas de corral, y otras semejantes.—Comp. AUBRY y RAU, § 220, texto á la nota 3. DEMOLOMBE, X, 175. FREITAS, art. 4067. POTHIER, *Propiedad*, n^{os} 278 y 279.— Véanse arts. 2450, 2527, 2528, 2544 y 2592.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2605.—L. 3 Dig. *De adq. rer. dom.* — POTHIER, *De la propiedad*, n^o 278.



El derecho de propiedad se pierde cuando la ley atribuye a una persona, a título de transformación, accesión, ó prescripción, la propiedad de una cosa perteneciente a otro (art. 2606); pero sólo de un modo relativo; es decir para el propietario actual, pues la adquiere otro y la cosa no desaparece sino confundida por la transformación ó la adjunción. En el caso de prescripción hay más bien una transmisión del dominio operada por el transcurso del tiempo. La percepción de frutos es también un medio de perder el dominio.

Se pierde también desde que se abandone la cosa, aunque otro aun

(Art. 2606.) La pérdida de la propiedad es sólo relativa, porque fuera de los casos de destrucción, siempre pasa á otro necesariamente. El dominio es exclusivo, una cosa no puede pertenecer en el todo sino á una sola persona, por esa razón, uno debe perderlo para que otro lo adquiera.

En la transformación de buena fe, la cosa pasa á ser del transformador; en la de mala fe, si puede volver á su forma anterior conservará la propiedad; en la accesión, cuando por avulsión hemos perdido una cosa, podemos recobrarla mientras no se adhieran al terreno.

La prescripción para adquirir, opera la traslación de la propiedad, perdiéndola el que la ha dejado de poseer durante el tiempo determinado por la ley. Aquí se debió agregar, como lo hace Freitas, la percepción de frutos. Aubry y Rau, § 220, de donde fué tomado el artículo dicen: «el derecho de propiedad se pierde de una manera relativa; es decir, para el propietario actual».

El derecho de propiedad no se pierde por la cesión de bienes, hasta que los acreedores no lo hayan aceptado tomando posesión de los cedidos, y dando carta de pago, ni por el abandono de la herencia hecha por el heredero beneficiario; ni por el abandono que el tercer adquirente hiciere del inmueble hipotecado, art. 3169, porque el acreedor no lo adquiere, y únicamente puede hacerlo vender; en todos estos casos sólo hay abandono de la posesión.

La propiedad no se pierde por la pérdida de la posesión, aunque ignoremos dónde se encuentre la cosa, con excepción de los animales salvajes, cuya propiedad perdemos al dejarlos de poseer. — Comp. POTHIER, *Prop.* n.º 277. FREITAS, art. 4272. AUBRY y RAU, § 220, nota 5.—Véanse arts. 2423, 2451, 2524, n.ºs 1, 2, 3, 5 y 7, 2357, 2567, 2571, 2572, 2584, 2587, 2588, 2924, 3999 y 4016.



no se la hubiese apropiado (art. 2607, 1ª parte), pues el abandono la convierte en res nullius, sin que sea necesario distinguir el abandono voluntario y gratuito del que fuere el resultado de un contrato. Como el abandono de la cosa la ha puesto en la condición de que la haga suya el primer ocupante, mientras que otro no se apropie la cosa abandonada, es libre el que fué dueño de ella, de arrepentirse del abandono y adquirir de nuevo el dominio (art. 2607) volviendo á tomarla.

Para que el abandono produzca el efecto de convertir la cosa en *res nullius*, debe ser hecho por persona capaz de enajenarla.

Se preguntaba si se podía abandonar la parte indivisa que tenemos en una cosa, y nuestro Código, siguiendo á Pothier, dice: *el que no tiene sino la propiedad de una parte indivisa de la cosa,*

(Art. 2607.) Se trata del abandono voluntario cuando se deja la propiedad de la cosa para que cualquiera la tome, no de aquel en que se entrega á los acreedores. La persona que hace el abandono debe ser capaz de enajenar la cosa por título gratuito ú oneroso, aunque muchas veces sucederá que el que puede enajenar por título oneroso, como el tutor ó curador, no pueden abandonarlas.

Nuestro artículo ha decidido la controversia suscitada entre los jurisconsultos romanos, sosteniendo unos que la propiedad no se perdía hasta que otra persona no hubiera tomado la cosa; pero como lo observa Pothier, una cosa abandonada, ha venido á ser *res nullius*, y no necesita que alguien la tome para perder la propiedad, y por esa razón es que el propietario anterior, como un extraño, puede volverla á tomar, adquiriendo de nuevo el dominio.

La intención de no querer la propiedad de la cosa unida al hecho del abandono, la hace perder; pero esta pérdida es sólo relativa al propietario porque la cosa ha pasado ó puede pasar á otro, cambiando de dueño; mientras la cosa exista no hay pérdida absoluta de la propiedad. La ley romana dice: «cuando una cosa es abandonada por nosotros, cesa en el instante de pertenecernos, y pertenece al primer ocupante», l. 1, tit. 7, lib. 41. Dig.—Comp. POTHIER, *Prop.* n° 267. AUBRY y RAU, § 220, texto á la nota 4. FREITAS, art. 4272, n° 2. — Véanse arts. 2343, n° 5, 2454, 2525 á 2530 y 2608.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2607.—LL. 1 y 2, Dig. *Pro derelict.*—LL. 49 y 50, Tit. 28, Part. 3ª.



puede abandonarla por la parte que tiene (art. 2608, 1ª parte), cuando en realidad la parte indivisa sólo existe en la inteligencia, y no debía ser susceptible de abandono, sino se puede determinar; pero atendiendo á que el propietario pro-indiviso posee la cosa en el todo con su co-propietario se le ha permitido abandonarla; pero el que tiene el todo de la cosa, no puede abandonarla por una parte indivisa (art. 2608, 2ª parte), pues no hay posibilidad de determinar materialmente la parte abandonada para que pueda ser apropiada por otro.

Se comprende que el dueño pro-indiviso de la mitad ó de la tercera parte de una propiedad pueda abandonarla, porque no retiene materialmente una parte determinada de esa propiedad, pero el que tiene el todo ¿cómo podrá abandonar la tercera parte, si no se sabe dónde se encuentra? Es diferente cuando es una porción dividida de la propiedad, pues entonces se puede abandonarla conservando lo demás, porque esa porción está determinada y es susceptible de apropiación.

Para que el abandono haga perder la propiedad deberá ser voluntario; es decir, el propietario dejará la cosa libremente, porque el forzado, ó cuando es hecho sin libertad, no la hace perder, como sucedería cuando por alijar el buque que amenaza zozobrar, se arrojaran al agua las mercaderías ó efectos que contiene.

Se pierde igualmente el dominio por enajenación de la cosa,

(**Art. 2608.**) La ley romana sirve de fundamento al presente artículo; «se pregunta dice si se puede poseer á título de abandono una parte de una cosa. Es cierto que si un co-propietario abandona su parte en una cosa común, ésta deja de pertenecerle, de suerte que se observa la misma regla para la porción que para el todo. Pero el propietario de una cosa no puede abandonar una porción y retener la otra» l. 3, tít. 7, lib. 41. Dig. Así, la porción indivisa abandonada la adquiere el co-propietario que queda con toda la cosa; hay imposibilidad de que el poseedor del todo pueda abandonar una parte indivisa, porque esa parte no está determinada sino en la inteligencia, y no se puede desapoderar de ella materialmente para que otro la apropie.—Comp. POTHIER, *Prop.* n° 268.— Véanse arts. 2405, 2407 á 2409, 2526, 2607 y 2676.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2608.—Pothier, *De la propiedad*, n° 268.—L. 3, Dig., *Pro derelict.*



cuando otro adquiere el dominio de ella por la tradición en las cosas muebles, y en los inmuebles después de firmado el instrumento público de enajenación, seguido de la tradición (art. 2609).

(Art. 2609.) En la compraventa, se puede decir que existen dos contratos, que unidos vienen a transferir la propiedad: el de venta que le sirve de causa y de título, y la tradición, que confirmando y ejecutándolo se la entrega. Por regla general, el dominio se transfiere por la entrega de la cosa precedida del título traslativo, entonces la propiedad se pierde para el dueño actual; este principio reconoce una excepción, que no reputamos suficientemente justificada, respecto de los terceros de buena fe; la del art. 3923, en las ventas de inmuebles al contado, cuando no se ha pagado el precio. En la extensa nota 437 de *La Instituta* estudiamos el caso, que será muy raro al presente, por no decir imposible, dada la forma de transmisión de la propiedad, en que no se considera definitivamente hecha sino por la toma de razón del título de adquisición; pero hay una cuestión gravísima respecto a los peligros de la cosa, y la estudiaremos en aquel lugar. Si la tradición y el título no han sido bastantes para transcribir la propiedad; si es necesario el pago del precio en la venta al contado, el peligro correspondería al vendedor, pues la cosa continúa siendo suya, pero no creo que pueda sostenerse esta conclusión. La disposición del art. 3923, es tomada del derecho romano, § 41, tit. 1, lib. 2, *Institutas*. En las demás enajenaciones de inmuebles como en la permuta, donación, etc., la tradición unida al título ó instrumento público hace perder la propiedad.

Cuando la cosa no se ha entregado, aunque se tenga el título, el dominio no se ha perdido, y el comprador sólo tiene una acción personal para exigirla, de modo que si el vendedor la ha enajenado y entregado a un tercero de buena fe, este la hace suya, resolviéndose la acción del comprador en pago de daños y perjuicios.

Cuando la venta se ha hecho bajo el pacto comisorio, si se dió plazo para el pago, la tradición ha hecho perder el dominio, condicionalmente y el vendedor puede dejar sin efecto el contrato y tomar su cosa, aunque hubiera pasado a tercer poseedor, pues éste no puede alegar buena fe, desde que la adquirió bajo la misma condición.

El instrumento ó escritura pública debe ser firmado por las partes y tomado razón en el registro de la propiedad en la Capital Federal para que haya mutación de dominio; así, cuando el comprador ha firmado la escritura y entrado en posesión de la cosa, si al solicitar la inscripción se encuentra que está inscripto a nombre de otro, deberá esperar la deci-



Cuando el dominio pasa á los herederos por la muerte de su causante, la posesión de la herencia hace las veces de tradición, y sólo se exceptúan los casos del art. 3410; por eso dice el art. 3417, el heredero que ha entrado en posesión de la herencia, ó que ha sido puesto en ella por el juez, continúa la persona del difunto.

Para la transmisión de la propiedad de un inmueble es necesario el título translativo y la tradición; el título sólo daría derecho á reclamar la propiedad, no la propiedad misma; y la tradición sin el título, sólo daría la posesión. Es claro entonces que la cesión del derecho de reivindicar la cosa que otro posee, no puede conferir al cesionario la propiedad, desde que la tradición no ha podido hacerse, ella se adquirirá por la sentencia que la

sión judicial que mande anular la inscripción anterior, porque él ha adquirido la propiedad con el título y la tradición de la cosa; el otro no tiene sino el título.—Comp. POTHIER, *Prop.*, n.º 225 y 265.

Freitas, en el art. 2474, hace adquirir el dominio por la transcripción del título en el Registro Conservatorio, como en el sistema francés; pero el Código sólo exige el instrumento público y la tradición; no obstante, el art. 237, (Ley de org. de los trib. de la Capital) ordena que no se inscriba otro título de fecha anterior sobre la misma propiedad, dejando así á los tribunales la decisión de la controversia.—Com. § 41, tít. 1, lib. 2, *Institutas*, y l. 44, tít. 18, y l. 6, tít. 30, Part. 3ª.—Véanse arts. 577, 594 á 596, 1184 n.º 1, 1191, 1416, 1815, 1816, 2377, 2381, 2453, 2601 á 2603, 3265.

Fallos de la S. C. N.—*Aplicación del art. 2609.*—Véase el fallo del art. 2301—XXXII, 301.

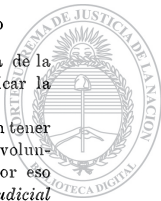
Fallos de la Cdm. de Apel. de la Cap.—*Aplicación del art. 2609.*—Véase fallo al art. 2378.—Jur. Civ., VIII, 523, Sér. 1ª.

Aunque exista la tradición del inmueble, el vendedor tiene derecho para reivindicarlo, si no se hubiese firmado instrumento público de enajenación ni pagado el precio.—Jur. Civ., V, 264, Sér. 1ª.

Justificada la propiedad por escritura pública y la posesión por voluntad del vendedor, la tercería de dominio es procedente.—Jur. Com., IV, 322, Sér. 2ª.

Es Juez competente para demandar la posesión de un inmueble en el domicilio del demandado, aun cuando el bien se encuentre en distinta jurisdicción.—Jur. Civ., IX, 127, Sér. 4ª.

Debe rechazarse la tercería si el que la deduce no justifica que adquirió la posesión de los bienes por medio de la tradición.—Jur. Com., X, 250, Sér. 4ª.



mande entregar al decidir el asunto, seguida de la entrega de la cosa; pero la cesión autoriza al cesionario para reivindicar la propiedad en lugar del cedente.

El dominio puede transmitirse por mandato judicial sin tener en cuenta la voluntad del propietario, y aun contra esa voluntad, cuando por sentencia se ordenare su transmisión, por eso dice el **art. 2610**: *se pierde también por la transmisión judicial*

(**Art. 2610.**) En el sistema de nuestro Código, la propiedad sólo se adquiere por la tradición mediante el título translativo; las únicas excepciones que reconoce este principio, son: las sucesiones entre ascendientes y descendientes, art. 3410, y los legados de cosa determinada, donde se autoriza al legatario para reivindicarla de cualquier poseedor, art. 3775, probando así el dominio concedido sobre la cosa. Fuera de estos casos podemos citar otro: el art. 2664, en que el dominio no se juzga revocado, porque el adquirente no lo ha tenido, habiendo carecido de título suficiente para transmitírselo; la cosa no ha salido entonces del poder del enajenante, habiendo pasado sólo la mera tenencia. La sentencia no revoca un dominio que no se ha transmitido, sólo declara no haber existido el título de adquisición. La sentencia jamás confiere derechos, reconoce los existentes, y en virtud de ese reconocimiento resulta que el uno no fué propietario y el otro lo es; así, en realidad, no hay mutación de dominio, y el poseedor que se dice propietario, vencido en el juicio debe restituir la cosa con sus frutos desde la demanda, como si fuera mero tenedor de ella. No hay pues, exactitud en decir, el dominio se pierde por el efecto de la sentencia ordenando la restitución de la cosa: pues esta sólo declara que no tenía dominio el que se lo atribuía, que no ha habido cambio, ni transferencia. Otra cosa es cuando existe expropiación por causa de utilidad pública, porque siendo esta una venta forzada, el dominio se traspasa por el título y la tradición, cesando el que tenía el propietario. En cuanto a la adjudicación debemos hacer esta diferencia: ó tiene lugar en una sucesión por consentimiento de los interesados que se la dividen, en cuyo caso se hace cesar el condominio que existía en el todo, y se reputa que cada uno de ellos es dueño de la cosa sin necesidad de tradición, pues ésta ha tenido lugar antes: ó la adjudicación se hace por remate público ordenado y aprobado por la justicia; en este caso el adquirente necesita de la entrega de la cosa, que el juez manda hacer á solicitud del comprador; pero si éste hubiera entrado en posesión no necesita de la judicial y se reputará propietario de ella desde la fecha del título, salvo la prueba en contra-



del dominio, cualquiera que sea su causa, ejecución de sentencia, expropiación por necesidad ó utilidad pública; ó por el efecto de los juicios que ordenasen la restitución de una cosa, y cuya propiedad no hubiese sido transmitida sino en virtud de un título válido.

La transmisión de la propiedad se hace por adjudicación ó por expropiación, cuando la ley lo manda, creando por decirlo así, un derecho que antes no existía; mientras la sentencia dictada en juicio controvertido, sólo declara y reconoce el derecho, no lo crea; la sentencia que declara nula la adquisición, tampoco extingue un derecho, pues reconoce que la transmisión no se ha efectuado; pero en uno y otro caso el traspaso no se opera sin la tradición, porque en el sistema adoptado por el Código, no tiene lugar por el solo título.

rio. La posesión judicial es más ventajosa, pues no hay prueba que pueda destruirla, mientras la posesión privada reposa sobre una presunción.

La adjudicación no es la entrega de la cosa, ni suple á la tradición, como lo creen algunos; porque sería confundir el título con el modo de adquirir; la adjudicación es una declaración del juez reconociendo al comprador como adquirente en caso de licitación, falta la posesión que sólo se obtiene por la tradición; y tan es así, que si la cosa adjudicada se quemase antes de ser puesto en posesión el comprador, los riesgos serían á cargo del vendedor.

En los casos de pacto comisorio la declaración judicial de rescisión del contrato, causa la mutación del dominio ó la pérdida de la propiedad adquirida, porque ha existido transmisión verdadera.

En derecho francés el otorgamiento del título y su registro bastan para transferir la propiedad, por eso no debemos tener en cuenta las doctrinas de sus comentadores.—Comp. FREITAS, art. 4288. AUBRY y RAU, § 220, núm 2.—Véanse arts. 1050 á 1052, 1324, 1776, 2378, 2511, 2512 y 2604.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2610.—La sentencia ejecutoriada que desconoce el condominio afecta solamente al condómino que fué parte en el juicio, y éste no puede pretender que el condómino que no intervino en dicho juicio y conservó ó se hizo reconocer su parte lo admita como condómino de ésta. — XLIX, 31. y LV, 272.

Se pierde igualmente la propiedad de las cosas muebles y semovientes en caso de guerra, cuando son tomadas por los enemigos, pero sólo en las guerras nacionales contra el extranjero, no así en las civiles, en que podemos reclamarlas.



.

FIN DEL TOMO VI

ÍNDICE



Título XV

Del depósito

§. §.	PÁGINAS
602—Del depósito en general.—Sus caracteres.....	9
603—Aplicación de estas disposiciones.....	16
604—De la división de este contrato.....	19
605—Caracteres esenciales del depósito.....	20
606—Del depósito voluntario regular.....	20
607—Del depósito voluntario irregular.....	23

CAPÍTULO PRIMERO

DEL DEPÓSITO VOLUNTARIO

606—Caracteres principales del depósito voluntario.....	26
609—Forma del contrato de depósito.....	35

CAPÍTULO II

DE LAS OBLIGACIONES DEL DEPOSITARIO EN EL DEPÓSITO REGULAR

610—De las obligaciones para la conservación de la cosa.....	39
611—De la restitución del depósito á los que no fueren depositantes....	58
612—Derechos del depositario.....	60

CAPÍTULO III

DE LAS OBLIGACIONES DEL DEPOSITARIO EN EL DEPÓSITO IRREGULAR

613—Cuando el uso de la cosa es permitido ó prohibido.....	67
--	----

CAPÍTULO IV

OBLIGACIONES DEL DEPOSITANTE

614—Gastos de conservación.....	72
---------------------------------	----



CAPÍTULO V

DE LA CESACIÓN DEL DEPÓSITO

§. §.	PÁGINAS
615—Cesación por tiempo, pérdida ó enajenación de la cosa.....	75

CAPÍTULO VI

DEL DEPÓSITO NECESARIO

616—Del depósito en casos de peligro.....	78
617—Del depósito hecho en las posadas.....	82
618—Del depósito en los cafés, fondas y piezas amuebladas.....	91

Título XVI

Del mutuo ó empréstito de consumo

619—Esencia de este contrato.—Condiciones requeridas para su validez..	94
620—Obligaciones del mutuante.....	100
621—Obligaciones del mutuario.....	104
622—De la forma del contrato de mutuo.....	108

Título XVII

Del comodato

623—Noción del comodato.—Condiciones necesarias para su validez....	110
624—Capacidad para este contrato.....	114
625—Del objeto del préstamo de uso.....	117
626—De los que pueden dar en comodato.....	119.
627—De la forma y prueba del comodato.....	120

CAPÍTULO PRIMERO

628—De las obligaciones del comodatario.....	122
629—De la cesación del comodato.....	137

CAPÍTULO II

630—De las obligaciones del comodante.....	142
--	-----

Título XVIII

De la gestión de negocios

631—Cuando hay gestión de negocios.....	149
632—Obligaciones del gestor.....	152

§. §.	PÁGINAS
633—Derechos del gestor.....	159
634—De la ratificación.....	169
635—Del empleo útil.....	170
636—De la conclusión de la gestión.....	176



LIBRO TERCERO

DE LOS DERECHOS REALES

Título I

De las cosas consideradas en sí mismas ó en relación á los derechos

637—Generalidades.....	177
638—De las cosas inmuebles por su naturaleza.....	181
639—De los inmuebles por accesión.....	183
640—De los inmuebles por su destino.....	186
641—De los inmuebles por su carácter representativo.....	193
642—De las cosas muebles.....	194
643—De lo que se comprende por muebles de una casa.....	197
644—De las cosas fungibles y de las consumibles.....	199
645—De las cosas divisibles ó indivisibles. — De las cosas principales y accesorias.....	201
646—De las cosas inalienables.....	207

CAPÍTULO ÚNICO

DE LAS COSAS CONSIDERADAS CON RELACIÓN Á LAS PERSONAS

647—Bienes públicos de la Nación ó de las Provincias.....	211
648—De los bienes privados de la Nación ó de las Provincias.....	220
649—De los bienes municipales.....	224
650—De los templos y cosas sagradas.....	225
651—De los bienes de propiedad privada.....	227
652—De las cosas susceptibles de apropiación privada.....	229

Título II

De la posesión y de la tradición para adquirirla

653—De la posesión.....	232
654—De las causas de la posesión.....	240
655—De la posesión legítima ó ilegítima.....	245
656—De la posesión de buena ó mala fe.....	246
657—De la posesión viciosa, violenta, clandestina ó por abuso de confianza.....	257



CAPÍTULO PRIMERO

DE LA ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN

§. §.	PÁGINAS
658—De la aprehensión.....	285
659—De la posesión por la tradición.....	271
660—De la posesión de las cosas muebles.....	281
661—Desde cuando se reputa hecha la tradición.....	289
662—De la tradición de acciones.....	290
663—Capacidad para adquirir la posesión.....	292
664—De los modos de adquirir la posesión por otro.....	294
665—Como debe tomarse la posesión.....	300
666—De la capacidad para hacer la tradición.....	311

CAPÍTULO II

EFECTOS DE LA POSESIÓN DE COSAS MUEBLES

667—La posesión vale por título.....	315
668—Cuando la presunción no puede invocarse.....	321

CAPÍTULO III

DE LAS OBLIGACIONES Y DERECHOS INHERENTES Á LA POSESIÓN

669—De las obligaciones que la posesión impone.....	325
670—Derechos inherentes á la posesión.....	328

CAPÍTULO IV

DE LAS OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL POSEEDOR DE BUENA Ó MALA FE

671—De las obligaciones y derechos del poseedor de buena fe.....	329
672—Lo que se entiende por frutos.....	342
673—Cuando cesa la posesión de buena fe.....	346
674—Obligaciones del poseedor de mala fe.....	351
675—Derechos del poseedor de mala fe.....	357

CAPÍTULO V

DE LA CONSERVACIÓN Y DE LA PÉRDIDA DE LA POSESIÓN

676—De la conservación por solo el ánimo.....	364
677—De la conservación de la posesión por medio de otro.....	367
678—De la conservación de la posesión (<i>continuación</i>).....	370
679—De la pérdida de la posesión.—Pérdida de la cosa.....	372
680—De la pérdida de la posesión por la tradición.....	376
681—De la pérdida de la posesión por abandono.....	377
682—De la pérdida de la posesión por despojo.....	378
683—De la pérdida de la posesión por usurpación.....	381
684—De la pérdida de la posesión por el hecho del que la tiene.....	384



CAPÍTULO VI

DE LA SIMPLE TENENCIA DE LAS COSAS

§. §.

PÁGINAS

685—De lo que se entiende por simple tenencia.....	387
686—Cuales son los simples tenedores.....	388
687—Obligaciones del simple tenedor.....	391
688—De la restitución de las cosas.....	393
689—Derecho del tenedor á la retención de la cosa.....	395

Título III

De las acciones posesorias

690—Nociones generales.....	387
691—De los medios extrajudiciales para defender la posesión.....	389
692—De los casos de posesión dudosa.....	403
693—De las cosas susceptibles de formar el objeto de una acción posesoria.....	407
694—De las condiciones necesarias para ejercer las acciones posesorias. —Tiempo.....	413
695—Condiciones de la posesión.—Unión.....	416
696—Condiciones de la posesión (<i>continuación</i>).—Posesión pacífica.....	423
697—Condiciones de la posesión (<i>continuación</i>).—Debe ser pública.....	425
698—Condiciones de la posesión (<i>continuación</i>).—Debe ser continua y no precaria.....	427
699—De la introducción de las acciones posesorias.....	431
700—De las acciones posesorias.—Despojo.....	432
701—De las acciones posesorias (<i>continuación</i>).—Acción de recuperar....	447
702—De las acciones posesorias (<i>continuación</i>).—Manutención.....	450
703—De los que pueden ejercitar las acciones posesorias y contra quienes.....	450
704—De las relaciones entre las partes en el juicio posesorio y el petitorio.....	463

Título IV

De los derechos reales

CAPÍTULO ÚNICO

705—Generalidades.....	472
------------------------	-----

Título V

Del dominio de las cosas y de los modos de adquirirlo

706—Nociones generales sobre la propiedad.....	483
707—Caracteres particulares de la propiedad.....	488
708—Facultades inherentes al derecho de propiedad.....	492

§. §.	PÁGINAS
709—Extensión del derecho de propiedad en cuanto á las cosas.....	498
710—De la expropiación y sus efectos.....	506
711—De los modos de adquirir el dominio.....	511



CAPÍTULO PRIMERO

DE LA APROPIACIÓN Ó OCUPACIÓN

712—De las cosas abandonadas.....	515
713—De las cosas sin dueño.—Apropiación por la caza.....	522
714—De las cosas sin dueño.—Apropiación por la pesca.....	525
715—De las cosas sin dueño conocido.—Tesoros.....	530
716—De las cosas sin dueño conocido.—Descubridor de tesoros.....	536
717—De las cosas sin dueño conocido.—Propiedad del tesoro.....	540
718—De las cosas sin dueño conocido.—Prueba de la propiedad del tesoro.....	545
719—De las cosas perdidas.—Obligaciones y derecho del que las encuentra.....	549
720—De las cosas perdidas.—Procedimiento.....	552

CAPÍTULO II

DE LA ESPECIFICACIÓN Ó TRANSFORMACIÓN

721—De la especificación.....	558
-------------------------------	-----

CAPÍTULO III

DE LA ACCESIÓN

722—De la accesión en general.....	565
723—Del aluvión.....	567
724—De la adjunción.....	581
725—De la confusión ó mezcla.....	586
726—De la avulsión.....	589
727—De la edificación y plantación.....	593

CAPÍTULO IV

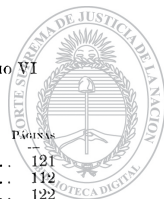
728—De la tradición translativa de dominio.....	602
---	-----

CAPÍTULO V

729—De la extinción del dominio.....	608
--------------------------------------	-----

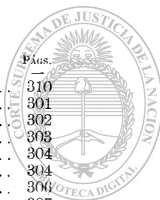
ÍNDICE

DE LOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO CIVIL EXPLICADOS EN EL TOMO VI



ARTÍCULOS	PÁGINAS	ARTÍCULOS	PÁGINAS	ARTÍCULOS	PÁGINAS
2182.....	9	2223.....	70	2264.....	121
2183.....	12	2224.....	72	2265.....	112
2184.....	14	2225.....	75	2266.....	122
2185..... 16 á	18	2226..... 75 á	77	2267.....	123
2186.....	15	2227.....	78	2268.....	124
2187.....	19	2228.....	81	2269..... 126 á	128
2188..... 20 á	22	2229.....	84	2270.....	129
2189.....	24	2230.....	82	2271..... 137 á	138
2190.....	26	2231.....	86	2272.....	139
2191..... 23 á	25	2232.....	87	2273.....	140
2192.....	27	2233.....	91	2274.....	130
2193.....	27	2234.....	92	2275.....	130
2194.....	28	2235.....	87	2276.....	133
2195.....	30	2236.....	89	2277.....	132
2196.....	31	2237.....	90	2278.....	132
2197.....	32	2238.....	80	2279.....	134
2198.....	33	2239.....	80	2280.....	134
2199.....	34	2240.....	95	2281.....	135
2200.....	36	2241.....	96	2282.....	136
2201.....	36	2242.....	94	2283.....	142
2202.....	39	2243.....	99	2284.....	143
2203.....	41	2244.....	99	2285.....	144
2204.....	42	2245.....	98	2286.....	146
2205.....	43	2246.....	108	2287.....	147
2206.....	44	2247.....	101	2288.....	149
2207.....	45	2248.....	102	2289.....	151
2208.....	45	2249.....	103	2290.....	152
2209.....	47	2250.....	104	2291.....	154
2210.....	48	2251.....	105	2292.....	155
2211.....	50	2252.....	107	2293.....	156
2212.....	53	2253.....	107	2294.....	156
2213.....	58	2254.....	107	2295.....	157
2214.....	59	2255.....	110	2296.....	176
2215..... 59 á	60	2256.....	113	2297.....	163
2216.....	56	2257.....	114	2298.....	160
2217.....	57	2258.....	115	2299.....	166
2218.....	62	2259.....	116	2300.....	165
2219.....	64	2260.....	117	2301.....	167
2220.....	67	2261.....	118	2302.....	168
2221.....	68	2262.....	120	2303.....	161
2222.....	69	2263..... 120 á	121	2304..... 169 á	170

ARTS.	PÁGS.	ARTS.	PÁGS.	ARTS.	PÁGS.
2305	158	2353	241	2401	310
2306	171	2354	243	2402	301
2307	172	2355	246	2403	302
2308	175	2356	247	2404	303
2309	173	2357	248	2405	304
2310	174	2358	250	2406	304
2311	177	2359	251	2407	306
2312	179	2360	252	2408	307
2313	181	2361	253	2409	307
2314	182	2362	254	2410	308
2315	183	2363	255	2411	309
2316	186	2364	257	2412	316
2317	193	2365	258	2413	321
2318	194	2366	259	2414	322
2319	195 á	2367	259	2415	323
2320	189	2368	260	2416	325
2321	191	2369	261	2417	326
2322	192	2370	263	2418	327
2323	198	2371	263	2419	327
2324	199	2372	264	2420	328
2325	200	2373	266	2421	328
2326	201	2374	267	2422	329
2327	202	2375	269	2423	330
2328	203	2376	270	2424	342
2329	205	2377	272	2425	343 á 344
2330	204	2378	273 á	2426	345
2331	203	2379	275	2427	332
2332	204	2380	277	2428	335
2333	205	2381	281	2429	338
2334	206	2382	282	2430	339
2335	206	2383	278	2431	340
2336	207	2384	279	2432	346
2337	208 á	2385	284	2433	347
2338	210	2386	286	2434	349
2339	211	2387	287 á	2435	351
2340	212 á	2388	289	2436	353
2341	219	2389	301	2437	354
2342	220 á	2390	290	2438	355
2343	229 á	2391	291	2439	356
2344	225	2392	292	2440	357
2345	226	2393	293	2441	359
2346	226	2394	294	2442	361
2347	227	2395	297	2443	362
2348	228	2396	298	2444	362
2349	228	2397	299	2445	364 á 365
2350	228	2398	299	2446	368
2351	233	2399	312	2447	370
2352	238	2400	305	2448	369



ÍNDICE

627



ARTS.	PÁGS.	ARTS.	PÁGS.	ARTS.	PÁGS.
—	—	—	—	—	—
2449.....	371	2497..... 452 á	458	2545.....	527
2450.....	366	2498.....	444	2546.....	527
2451.....	373	2499.....	454	2547.....	529
2452.....	374	2500.....	456	2548.....	529
2453.....	376	2501.....	457	2549.....	528
2454.....	378	2502.....	474	2550.....	532
2455..... 379 á	380	2503.....	477	2551.....	530
2456.....	382	2504.....	480	2552.....	534
2457.....	375	2505.....	481	2553.....	535
2458.....	385	2506.....	483	2554.....	536
2459.....	375	2507.....	486	2555.....	537
2460.....	388	2508.....	488	2556.....	540
2461.....	387	2509.....	489	2557.....	541
2462..... 389 á	391	2510.....	491	2558.....	543
2463.....	393	2511.....	506	2559.....	543
2464.....	392	2512.....	510	2560.....	544
2465.....	393	2513..... 492 á	493	2561.....	537
2466.....	395	2514.....	494	2562.....	539
2467.....	394	2515.....	496	2563..... 540 á	544
2468.....	397	2516.....	497	2564.....	545
2469.....	402	2517..... 497 á	498	2565.....	548
2470.....	400	2518.....	499	2566.....	548
2471.....	404	2519.....	500	2567.....	559
2472.....	405	2520.....	501	2568.....	561
2473.....	414	2521.....	502	2569.....	564
2474.....	417	2522..... 503 á	504	2570.....	562
2475..... 418 á	419	2523.....	505	2571.....	565
2476.....	420	2524..... 511 á	514	2572.....	567
2477.....	421	2525.....	515	2573.....	571
2478.....	423	2526.....	517	2574.....	569
2479.....	425	2527..... 517 á	520	2575.....	570
2480.....	428	2528.....	521	2576.....	572
2481.....	429	2529.....	518	2577.....	573
2482.....	465	2530.....	520	2578.....	574
2483.....	464	2531.....	549	2579.....	580
2484.....	467	2532.....	550	2580.....	581
2485.....	468	2533.....	551	2581.....	575
2486.....	470	2534.....	552	2582..... 576 á	579
2487.....	408	2535.....	553	2583.....	590
2488.....	412	2536..... 551 á	553	2584.....	592
2489.....	460	2537.....	554	2585.....	592
2490.....	433	2538.....	555	2586.....	591
2491.....	443	2539.....	555	2587.....	593
2492.....	448	2540.....	521	2588.....	595
2493.....	439	2541.....	522	2589.....	597
2494.....	440	2542.....	523	2590.....	599
2495.....	461	2543.....	523	2591.....	600
2496.....	451	2544.....	524	2592.....	525

ARTS.	PÁGS.	ARTS.	PÁGS.	ARTS.	PÁGS.
2593.....	526	2599.....	588	2605.....	609
2594..... 581 á	582	2600.....	589	2606.....	611
2595.....	584	2601.....	603	2607.....	612
2596.....	585	2602.....	605	2608.....	613
2597.....	587	2603.....	606	2609..... 614 á	615
2598.....	587	2604.....	608	2610..... 616 á	618



ERRATAS NOTABLES



<i>Pág.</i>	<i>Línea</i>	<i>Dice</i>	<i>Léase</i>
31.....	8	depositante.....	depositario
34.....	3	exponente.....	deponente
37.	5	perjudiciales	prejudiciales
44.....	3	llace.....	llave
133.....	4	á él.....	á ellos
140.....	22	el demandado.....	del demandado
149.....	16	comodato.....	mandato
150...3 y 6		mandatario—dicha	mandante—hablando
196.....	31	será solidario	no será solidario
198...última		no comprenderse.....	comprenderse
208...17 y 18		lo que tiene valor apreciable, sea material ó inmaterial..	lo material que tiene un valor apreciable
217.....	7	tenemos.....	tomemos
270.....	24	con la propiedad que.....	la propiedad con
309.....	33	frutos.....	frutos de la cosa
322.....	17	deducirse.....	deducirse contra el tenedor
344.....	5	de poseer.....	de percibirlos
374.....	34	domesticados.....	domésticos
400.....	14	el derecho de posesión.....	el derecho de poseer