A- 10-10

UNIVERSIDAD DE LA REPUBLICA
FACULTAD DE DERECHO
BIBLIOTECA
Universidad Mayor de la República

244328
(65641)
C1
S7696

PRESCRIPCIÓN

BEATI POSSIDENTES.
HORACIO.

TÈSIS PRESENTADA POR

Juan Pedro Castro (hijo)

PARA OPTAR AL GRADO DE

DOCTOR EN JURISPRUDENCIA

MONTEVIDEO
TIP. Á VAPOR A. GODEL, CALLE CERRITO 231
1887

Catalogado 20.77...
Copia .....1.....

CLAUSTRO UNIVERSITARIO

RECTOR

DR. D. ALFREDO VAZQUEZ ACEVEDO

SECRETARIO

DR. D. ENRIQUE AZAROLA

CATEDRÁTICOS

Derecho Civil	Dr. D.	Agustin Cardoso
» *Comercial*	» »	Eduardo Vargas
Procedimientos Judiciales	» »	Marcelino Izcua Barbat
Derecho Int'nal Privado	» »	Marcelino Izcua Barbat
Economia Politica y Finanzas	» »	Cárlos M. de Pena
Derecho Administrativo	» »	Cárlos M. de Pena
» *Constitucional*	» »	Justino J. de Aréchaga
» *Romano*	» »	Luis Piñeyro del Campo
» *Natural*	» »	Federico E. Acosta y Lara
» *Internacional Público*	» »	Federico E. Acosta y Lara
» *Penal*	» »	Martin C. Martinez
Práctica Forense	» »	Alfredo Vazquez Acevedo
Medicina Legal	» »	Elias Regules

PADRINO DE TESIS

DR. D. ANTONIO M. RODRIGUEZ

á MIS PADRES

Á MIS EXCELENTES AMIGOS

DR. D. RUPERTO PEREZ MARTINEZ
Y D. JOSÉ BATLLE Y ORDOÑEZ

Sr. Rector:

Sres. Catedráticos:

No pido benevolencia: no há menester impetrarla para un primer ensayo obligado quien recién abandona las bancas del aula, escaso de años y falto de ciencia; quiero, sí, explicar porqué esta tésis ni aún á fijar alcanza la medida de mis fuerzas, bien débiles en verdad.

Aficionado á estudios de otra índole, emprendí un trabajo que creía terminar con tiempo para la próxima graduación; empeñado en él, y sin poder desligarme de las demás tareas que venimos obligados á compartir con las propias del estudiante, aquellos á quienes la carencia de fortuna no permite abstraerse totalmente en el aprendizaje de su carrera, he visto deslizarse el tiempo (fugaz siempre que se le utiliza), acercarse y llegar por fin la época prefijada para darle cima, sin haberlo logrado.—Ante la alternativa de retardar la consecución del anhelado título, ó terminar de prisa y ma-

lamente la obra emprendida con entusiasmo y proseguida luégo con cariño, he rechazado ambos extremos, y acogídome á la que os presento: es, con lijeras correcciones sujeridas por estudios y alguna práctica posteriores, una conferencia presentada en el aula cuando aún cursaba yo segundo año de Derecho; ¿cómo no adolecería ésta, pues, de las deficiencias anejas á esos tempranos ensayos, siquiera sean ellos, como el mio, todo lo meditado y sumisos á la opinión de los Maestros, que la asistencia diaria á las clases y las múltiples ocupaciones del estudiante consienten?

Confío, por tanto, en que, si lo expuesto no otorga méritos de que carece al trabajo que á vuestro juicio someto, abonará al menos la súplica de que no se me juzgue por mi obra, ni repitais á mi propósito la frase del fabulista francés: *«A l'œuvre on connait l'artisan.»*

UNIVERSIDAD DE LA REPUBLICA
FACULTAD DE DERECHO
BIBLIOTECA

FUNDAMEMTOS DE LA INSTITUCIÓN

SUMARIO

Teoría sustentada por Troplong.—Opinión contraria de Marcadé y Laurent.—Verdadero fundamento: la utilidad general, que lo es también de la Propiedad en todas las etapas de su marcha evolutiva.—De cómo Laurent, á su pesar, es partidario de esta tesis.

Antes de aventurarnos en el estudio de este importante título de nuestro Código Civil, indaguemos, siquiera sea sumaria y brevemente, si la institución que él sanciona importa tan sólo un injustificable atentado á la Propiedad, por tantos conceptos sagrada, ó sí, muy al contrario, obedece

57696
14 MAR 2022

á principios de justicia, reposa sobre fundamentos jurídicos que le dan título hábil para alegar doquiera derecho á la existencia. — Y, aceptado esto último, ¿dó hallar esos principios?—¿dónde los fundamentos de esa Prescripción anterior á Justiniano, y que adoptaron para su pueblo Clotario y Childeberto, al formar inventario de aquella rica herencia que legara á sus sucesores bárbaros, Roma, la inteligente Señora del Mundo?

Cuestión es ésta que, no obstante ofrecer un interés meramente teórico, trae de tiempo atrás divididos en dos bandos á jurisconsultos de nota y nombradía.

Aparece de una parte Troplong,—y Mourlón en su ayuda,—sosteniendo que los principios que en la materia rijen obedecen pura y exclusivamente á un sistema de presunciones, por la Ley organizado.

Según esta teoría, tiene la prescripción adquisitiva por fundamento único, «la presunción de « que el que goza de un derecho, que lo posee, « ha sido en realidad investido de él por una jus- « ta causa de adquisición:—no se le hubiera deja- « do disfrutar de él» agrega, «pacíficamente y por « tan largo tiempo, si esa posesión fuera usurpa- « da.» En cuanto á la extintiva, «la Ley presume « que el que omite ejercer un derecho, el que « permanece en la inacción durante largos años, « ha sido despojado de él por justa causa de ex-

« tinción; que, por ejemplo, el acreedor que de- « mora tanto tiempo el cobro de su crédito, ha « recibido su importe, ó hecho remisión á su « deudor.»

Consecuente con esos principios, cree ver esta escuela en la prescripción, no «un modo de ad- « quirir ó extinguir los derechos ajenos», sinó simplemente una presunción de extinción, bien así cual podría serlo la prueba testimonial ó cualquiera de las que enumera nuestro Código Civil en su artículo 1534, y el de Procedimiento en el 349.

Apresurémonos á agregar que, como lo reconoce lealmente uno de sus defensores más decididos, tal sistema no ha obtenido el apoyo de la general opinión.

Ha sido victoriosamente combatido por Marcadé y por Laurent. Este último, sin desconocer el derecho del verdadero propietario, le opone como justo límite el supremo de la Sociedad,—el que tiene á conservarse,—y cree que ella hace uso de tal derecho al sancionar la prescripción, por ser esta indispensable al mantenimiento del orden social. —«Es más que un interés para la Sociedad», dice el sabio jurisconsulto belga, «es cuestión de exis- « tencia. Ella tiene, pues, un derecho, el más fuerte « de todos, que oponer al individuo; es que la So- « ciedad no se concibe sino allí donde la propiedad « está asegurada, y no lo está si la posesión no la « consolida.»

¡Primo vivere, deinde philosophare!

Hé aquí expuestas en términos asaz precisos las dos doctrinas que se disputan recíprocamente la verdad en el campo de la ciencia. ¿Cuál de ambas la ha alcanzado? ¿La posee alguna de ellas? Veámoslo.

Ante todo, y siendo la prescripción un límite, una excepción, un modo de ser de la propiedad, preciso se hace conocer la base en que gravita ésta, el principio superior que la justifica y le dá razón de existir. Conocida la regla, la excepción se explicará de por sí. Busquémosla, pues, que nos será dado luégo repetir con Montesquieu: *Quand j'ai eu decouvert mes principes, tout le reste est venu á moi.*

Numerosas escuelas se adelantan á dar solución al problema planteado.

No serán, ciertamente, Hugo Grocio ni Thiercelin que nos la ofrecerán acertada: alegan, á imitación de Justiniano, el hecho material de la ocupación, no susceptible de enjendrar derecho alguno.

Menos aún Bentham y Montesquieu: pretenden ver en la ley el fundamento, el principio que da vida á la propiedad.—Nó.—La propiedad es anterior á la ley.—Esta, que la garante y sanciona, no ha podido crearla.

No lo ha logrado tampoco la pléyade de los economistas, con Smith, Bastiat y Comte á la cabeza,

con su teoría del trabajo, y sus errores sobre la remuneración de éste en el cambio.

¿Y la teoría de la convención? ¿la teoría de Fichte, por Schelling corregida y aumentada?—¿Una convención?—A esa opondremos una excepción meramente dilatoria:—exhumen sus defensores de los empolvados archivos del pasado, el documento que de tal pacto dé noticia, y prueben luégo cómo éste ha podido tener fuerza obligatoria para los sucesores de las partes contratantes.

¡Atrás las teorías sin fundamento! ¡Ah! Si la propiedad hubiera de reposar sobre base tan deleznable no estaría lejos de prorrumpir en frase proudhoniana: ¡Abajo la propiedad! Ella constituye un privilegio inícuo. ¡No más explotación del pobre por el opulento!

Empero, no sucede así, afortunadamente. La propiedad, tal cual existe hoy, y en todas las formas que ha adoptado en su larga metempsícosis á través de las edades y los pueblos, obedece y obedeció á las exigencias, respetables siempre, de la utilidad general, se rije y siempre se rigió por ese elevado principio, piedra angular en que reposan instituciones múltiples.

Requiramos de la Historia abone nuestro aserto.

En el primer día de las Sociedades, al despertar ellas á la vida colectiva, la propiedad del suelo, la propiedad por excelencia, adopta generalmente la forma comunal. En esa edad primitiva, el salvaje

que, casi invariablemente, provee á su subsistencia por medio de la caza de los grandes mamíferos, no puede tener límite alguno en sus correrias.— Cuando después de perseguir largo espacio la res, fatigada, se halla ésta próxima á caer en sus manos, no es posible gritarle: «Detente; comienza aquí mi dominio»: hacerlo sería robarle el alimento, condenarlo á muerte por hambre.

Es por esto que, en los pueblos cazadores, no tienen significado alguno las palabras *tuyo* y *mio* aplicadas á la propiedad del suelo. (1).

« ¡Dichosa edad y siglos dichosos aquellos,» exclamaba Don Quijote contemplando un puñado de bellotas, «que los antiguos llamaron « dorados, y no porque el oro que en esta nuestra « edad de hierro tanto se estima, se alcanzase en « aquella venturosa sin fatiga alguna, sinó porque « los que en ella vivían ignoraban estas dos pala- « bras de *tuyo* y *mio!* Eran en aquella santa edad « todas las cosas comunes: bastaba al hombre para « alcanzar su sustento, alzar la mano y tomarle « de las robustas encinas que liberalmente con- « vidaban con su dulce y sazonado fruto.» Y sino hablaba con cordura, lo hacía, al menos, con verdad histórica, justo es confesarlo.

Cuando avanzando un pueblo en la escabrosa

(1) Por tal razón ha adoptado la propiedad forma colectiva en Tasmania y en la mayor parte del Africa Central y de la antigua América (Letorneau—Sociologia. Cap. relativo á la propiedad).

senda de la civilización, llega, á través del estado pastor, á adoptar la vida agrícola, la propiedad se divide, sin individualizarse no obstante. Cada cual siembra la reducida ó extensa porción de tierra que recibe del Jefe de la tribu, y verificada la cosecha, entrega á éste los frutos para que á su antojo los reparta: tal refiere Diodoro que acontecía en las antiguas poblaciones vascuences. Y no obstante su aparente injusticia, ese procedimiento era legítimo. Hallándose las tribus entregadas á frecuentes luchas entre sí, toda individualización es perniciosa; el mejor de los métodos es el que hace de los miembros de la tribu un solo sér, anulando sus voluntades propias, mandándoles razonar con la razón del caudillo, y obedecer sin discusión sus decretos, justos ó injustos. Lo esencial en esa ruda forma de la lucha por la existencia es que la tribu sea un ejército disciplinado, y su jefe todo: rey, general, sacerdote y hasta administrador irresponsable de los bienes comunes.

Da un paso más ese pueblo, abandona el régimen guerrero ¿subsistirá tal forma de propiedad? Nó, porque, desapareciendo las condiciones político-sociales que la engendraron, restarán de aquella tan solo los inconvenientes y defectos.—Ella mata toda suerte de estímulo, suprime todo objeto á la actividad individual;—el laborioso vese obligado á mezclar su abundante cosecha con la exígua del que no lo es, para recibir ambos luégo

igual medida.—Adopta entonces la propiedad una forme de transición, si así puedo expresarme: Consume cada cual el fruto de su labor, pero llega periódicamente un jubileo, y tórnanse á repartir las tierras, en armonía con las nuevas necesidades, proporcionalmente al aumento ó disminución que se hayan operado en las familias.—Era ese plazo de un año entre los Germanos, segun Tácito, de 40 entre los Hebreos, y varía entre 6 y 15 en aquellas partes de la Rusia en que subsiste aún la forma político-económica del Mir, que una escritora de nota, la señora Emilia Pardo Bazán, en interesante y reciente obra sobre la revolución y la novela en Rusia, llama institución adelantada, sorprendiéndose de hallar establecido en un país semi-bárbaro, desde dos siglos atrás, lo que en los civilizados pueblos del occidente europeo se agitan por obtener las masas, y amaga ser último término de la revolución económica.

Hénos ya en última etapa de la evolución social, tal cual la hemos alcanzado. El aumento de población y el perfeccionamiento gradual de los medios de cultivo tornan intensiva la agricultura, extensiva otrora; preciso se hace entonces arrancarle á la tierra la más abundante cantidad de frutos que ella es susceptible de producir, empleando con tal fin, procedimientos que conserven su savia y su riqueza, y mejoren, en cuanto posible sea, las condiciones naturales, prestando á esa tierra un capi-

tal no amortizable, fruto de una labor sin tregua, capital perdido para el prestamista y que usufructuaría un extraño llegado el día fatal del jubileo. (1) Surge entonces, reclamada por las nuevas condiciones de existencia á que la comunidad se encuentra sometida, la propiedad privada, sin plazo ni limitacion temporal alguna.

Esto dice la Historia, y lo ratifica el estudio de las formas de propiedad en los pueblos más ó menos atrasados de hoy día (2).

Y todas han sido legítimas, porque fueron necesarias. Tan absurdo sería pretender implantar la propiedad individual en una tríbu cazadora y nómada, como sostener que el sistema del Mir es el para nosotros legal y conveniente.

Veamos ahora si el interés, la utilidad general, ese principio que da vida y alienta á la propiedad en todas sus fases, alienta y da vida también á la Institución objeto de nuestro estudio.

Descartemos ante todo la teoría de las presunciones; tarea fácil es esta. Se ha formulado contra ella un argumento concluyente, á mi modo de ver.

---

(1) En esta inestable etapa de la marcha evolutiva de la propiedad encuéntrase aún la isla de Java; sin embargo, el prodigioso aumento que en su población se ha verificado y la consiguiente subdivisión en el dominio de las tierras, hacen esperar que no transcurrirá largo tiempo sin que desaparezca totalmente el sistema allí implantado, idéntico en sus puntos esenciales al del Mir ruso.

(2) En la Polynesía, por ej: subsisten actualmonte todas ellas, segun Letourneau.

Esa pretendida presunción podría fundar, y en efecto funda las cortas prescripciones de 6 meses, 1 año, 2 y 4, pues al tratar de éstas, concede la ley al acreedor el derecho de diferir el juramento á la contraparte y solo queda entonces ésta al amparo de la prescripción, después de haber jurado el pago de la deuda (Código Civil art. 1188); pero, ¿cómo podria esa presunción servir de fundamento á las prescripciones realmente importantes, á las de 10, 20 y 30 años, por ejemplo, si es sabido que el poseedor del bien en las adquisitivas, y el deudor en las extintivas, pueden negar la entrega del bien ó el pago de la deuda, aún empezado por declarar respectivamente, el primero que le consta no pertenecerle aquél, y el segundo no haber extinguido la última.

Este argumento, en mi humilde opinión, es decisivo y mina por su base la tesis sustentada por los eminentes jurisconsultos cuya opinión me permito criticar, tesis según la cual es la prescripción, no ya un modo de adquirir ó extinguir, sinó tan solo un sistema de presunciones, un modo de prueba de esa adquisición ó extinción. En efecto, mal podría ser ella una simple presunción, cuando esta última ni aún de exclusivo fundamento le sirve.

Por otra parte, tal teoría es abiertamente contraria á los principios adoptados por nuestro Código, y que consignan los artículos 667 y 1408.—Dice el primero de estos:

Los modos de adquirir el dominio son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción.

Y no menos esplícitamente el 2.°:

Los modos generales de extinguirse las obligaciones son:..... 8.° La excepción que resulta de la prescripción con arreglo á lo dispuesto en el título 7.° del libro 3.°

Ante disposiciones tan terminantes, imposible y carente de objeto se hace toda controversía.—La ley lo ordena: *cuando el sentido de ésta es claro, no se desatenderá su tenor literal, á pretexto de consultar su espíritu.* (Cód. Civ. Art. 17).

Reasumiendo la teoría del Código sobre este punto, digamos con Dunod:

« La prescripción es un medio de adquirir el « dominio de las cosas poseyéndolas, y de librarse « de los derechos, acciones y obligaciones, cuan- « do el acreedor descuida ejercitarlos durante cier- « to tiempo. »

¿Cuáles son, pues, las razones que han impulsado al legislador á sancionar la prescripción?—Hélas aquí:

1.° Los títulos de propiedad ó que acrediten cualquier otro derecho (un usufructo, una servidumbre, etc.) son susceptibles de perderse; pueden extraviarse, así mismo, los documentos que atestiguan el pago de una deuda; ¿cómo obligar, por otra parte, á un comerciante á que guarde en

UNIVERSIDAD DE LA REPUBLICA
FACULTAD DE DERECHO
BIBLIOTECA

sus archivos todos estos documentos en infinito número, más aún, todos los que provengan de sus antepasados? Basta enunciar aquellos hechos y formular esta pregunta, para hacer sentir la necesidad de una disposición legal que salvaguarde el derecho del propietario, usufructuario, etc., á quien ha acaecido la desgracia de perder su título, y ponga á cubierto de las pretensiones de un hombre de mala fé al individuo que, habiendo extraviado ó roto una carta de pago, debido al largo tiempo transcurrido, se encuentra sin testigos ni otro medio alguno de prueba. La prescripción salvaguarda aquel derecho y proteje á este individuo. Podrá alguna vez sentirse herida la equidad: no importa: la prescripción es necesaria: repitamos con Bigot—Preameneu : «los intereses privados que pueden verse heridos, deben ceder ante la necesidad de mantener el orden social».

2.° Justifica esta institución, igualmente, una razón de orden meramente económico: la Sociedad tiene á todas luces *interés* en que la propiedad sea trabajada, se mejore y produzca; el individuo que ha tomado posesión con buena ó mala fé de un predio, que durante 10, 20 ó 30 años lo ha fecundado con su trabajo, arrancando de su seno ricos frutos, y contribuído á la riqueza pública, haciéndose así útil á la sociedad que lo alberga y ampara, —ese,—es acreedor al respeto y predilección de la Ley. Si aparece mañana el que fué otrora propie-

tario reclamando lo que en un tiempo le pertenció, el poseedor laborioso rechazará sus pretensiones, le negará con razón un bien que aquél ha despreciado y que éste tornó fructífero, haciendo de él una parte de su propio sér, convirtiéndolo en alimento, fortuna y porvenir de su esposa y su prole.

3.° Las presunciones que establece Troplong figuran igualmente entre los motivos que engendran y legitiman la institución que nos preocupa, aunque no como fundamento exclusivo.

Doy por reproducidas aquí las palabras con que Mourlon explica esas presunciones de la ley, y que dejo trascritas en los primeros párrafos de esta conferencia. Dichas presunciones pueden ser y son con frecuencia, contrarias á la verdad; mas *razones de utilidad general* que hemos expuesto, y las que pasamos ahora á consignar, hacen que no se admita en contra de ellas prueba alguna.

4.° Llegamos á la más fundamental é importante de todas. Figurémonos por un momento el estado de una Sociedad en que la propiedad no estuviese garantida por el transcurso del tiempo. —Figurémonos la zozobra del propietario, temiendo siempre le fuera arrebatada su fortuna, so pretexto de que ella era fruto de usurpaciones verificadas por uno de sus antepasados, dos mil años atrás; ¿quién osaría comprar? ¿quién hacer el más leve gasto en un bien ageno tal vez?

57696
14 MAR 2022

Esa incertidumbre, esa inestabilidad de los bienes, serían incompatibles con el respeto á la ley y la existencia del hombre en sociedad. Tornaría él entonces al estado primitivo y salvaje, sin más bienes ni dominio que el suelo que pisaba y el hacha de piedra con que atacaba al oso en sus cavernas. Reaparecería entonces, como único derecho, el de la fuerza, que la antropología y la arqueología prehistórica demuestran ser el verdadero de naturaleza, al decir de un reputado pensador.

Figurémonos todo esto, y comprenderemos porqué es la prescripción de tan antigua data, y porqué puede ostentar en sus viejos y siempre limpios pergaminos, el dictado de *patrona generis humani*, con que la calificara Cassiodoro allá en el sexto siglo de esta Era. Imaginémonos este estado social, y comprenderemos que sería tan absurda en el orden civil la pretensión del individuo que reclamara de otro derechos datados de mil años, como ante el derecho internacional la de Roma reclamando hoy las conquistas de César en las Galias, ó la de los sectarios del Corán reivindicando la más bella porción de la península ibérica.

La prescripción es, pues, necesaria; la sociedad tiene un *interés* á todas luces vital en hacerla figurar en el número de las instituciones predilectas, y lo hace: á ello le dá derecho ese interés.

Queda, pues, evidenciado que la utilidad del

mayor número, la utilidad bien entendida, razón y objeto de la propiedad, lo es así mismo de la Prescripción: lo que motiva y explica el principio general, dá igualmente la clave de la limitación que á aquél se impone: la excepción justifica la regla.

No en razones de otro orden funda Laurent tan sabia institución. Cierto que lo arredran las conclusiones á que lógicamente lo lleva su clarovidente criterio. Cierto que sus prejuicios espiritualistas lo hacen protestar contra si mismo. Cierto qne afirma, entonces, que *«el interés social no basta para legitimar la prescripción,» y que «la Sociedad tiene de su parte màs que un* INTERÉS, *que tiene un* DERECHO, á *que las acciones judiciales sean limitadas á cierto tiempo.»*

Pero es vano empeño el de Laurent. ¡Sorprendente don del genio y no menos admirable poder de la verdad!—Esta se le impone á pesar suyo. ¿Queréis saber, después de tales protestas, en què basa el eminente jurisconsulto aquel DERECHO, que reputa de distinta naturaleza y orígen distinto que el bajo INTERÉS? Escuchadlo, que él se encarga de daros respuesta: « La prescripción está « fundada, no sobre la negligencia de aquellos « contra quienes corre, sinó sobre un *derecho* so- « cial: la existencia de la Sociedad está *interesa-* « *da* » (notadlo bien, el *interés justifica el derecho*) « en que las posesiones se consoliden y en « que las acciones judiciales tengan un fin ».

A tales conclusiones Laurent llega: Yo lo aplaudo y, sin restricciones, me declaro su sectario.

PRINCIPIOS GENERALES

SUMARIO

1o. ¿Tiene la prescripción efecto retroactivo? — Unánime opinión afirmativa de los autores. Silencio de nuestro Código, á imitación del Francés y del Argentino.

Hallado el fundamento (tal creemos) de la prescripción, procedamos á un análisis, breve en lo posible, de las disposiciones en que nuestra Ley consagra institución tan antigua cuanto universal y necesaria.

Jamás fué repetida en oportunidad mejor que la presente la juiciosa observación de un ilustre y malogrado escritor: *son raras las verdades que se nos presentan claras por sí solas y que no necesitan para ser comprendidas y desarrolladas gran copia de conocimientos.* En efecto, cada uno de los artículos componentes del título que estudiamos,

sin excepción alguna, ha dado orígen á innúmeras cuestiones y planteado problemas con frecuencia insolubles: ya versan aquellas y éstos sobre el alcance de una disposición legal, ya sobre su espíritu, ya conjuntamente sobre ambos.

Arriesguémonos, no obstante, en el estudio de lo que nuestro Código designa con el epígrafe de «Principios generales».

1.° ¿Tiene la prescripción efecto retroactivo? En otros términos: ¿se retrotraen sus efectos al día en que ella comenzó á correr?

A esta pregunta están de acuerdo los autores en responder afirmativamente. Ya consideren la prescripción como un sistema de presunciones, ya como un modo de adquirir ó extinguir ajenos derechos, opinan todos ellos que el poseedor que prescribió el dominio de un bien cualquiera, no se encuentra obligado á restituir los frutos percibidos durante el curso de la prescripción; nadie pretende tampoco que el deudor deba cuenta de los intereses no pagos anteriores á la época en que se cumplió aquella.

Empero, es distinto el modo de argumentar de ambas escuelas. En la teoría de las presunciones el razonamiento es muy sencillo: el demandado, según ella, se defenderá respondiendo al actor: «No os restituyo los frutos, ó no os abono los intereses, pues por efecto de la presunción legal que la ley conoce con el nombre de prescripción, se me re-

puta haber adquirido el inmueble, ó haber efectuado el pago de la deuda, no solamente á partir del momento en que aquella se cumplió, sinó desde el día en que comenzó mi posesión ó se hizo exigible vuestro crédito.»

En el sistema por nosotros adoptado, la explicación, aunque no tan sencilla, es, sin embargo, plenamente satisfactoria. Cierto que es la prescripción un modo de adquirir, pero un modo que se distingue sustancialmente de todos los otros. En éstos la adquisición es instantánea; aquella es un fenómeno complejo que requiere, entre otras y no escasas condiciones, la de una larga posesión. Declarar que el poseedor debe restituir los frutos y el deudor abonar los intereses, sería desconocer la esencia de la prescripción, prescindir por completo de un elemento indispensable: la posesión; darle un carácter de instantaneidad de que carece; resultaría de aquí que la prescripción ha sido adquirida en el momento de cumplirse, lo cual es contrario á la verdad, pues que aquella no se concibe sin una posesión más ó menos extensa. Tal interpretación estaría á todas luces en pugna con el objeto que se ha propuesto la Ley, y hasta con lo que indica el simple buen sentido. En efecto, ¿cómo suponer que el legislador, que desconoce el derecho del antiguo propietario ó del ex-acreedor, en cuanto á lo principal, lo reconoce, no obstante, respecto á lo accesorio?

Nuestro Código, siguiendo el ejemplo del francés, no ha declarado expresamente su voluntad al respecto, así como tampoco introdujo disposición alguna sobre el particular en su Proyecto de Código Civil, adoptado como ley de la Nación por el Congreso Argentino, el doctor don Dalmacio Velez Sarsfield. (1)

Sin embargo, si no ha formulado el principio, ha consagrado el legislador una aplicación de él en el inciso 1.º del artículo 1932. Al tratar del haber respectivo de los cónyuges, estatuye que no pertenece á los bienes gananciales, y debe por tanto formar parte del capital marital ó de la dote, la propiedad de las especies qne uno de los cónyuges poseía á título de dominio antes de formarse la sociedad, *aunque la prescripción con que las haya hecho verdaderamente suyas se complete ó verifique durante ella.* Y digo que es ésta una aplicación del principio que sustento, porque si la prescripción no gozara de retroactividad, si el bien se adquiese instantáneamente en el momento de cumplirse el tiempo señalado para ello por la Ley, aquél debería formar parte de los gananciales, como obtenido después de constituida la sociedad legal: nuestro Código decide, por el contrario, que esas especies ingresarán en la dote ó en el capital mari-

(1) El doctor Eduardo Acevedo, en su proyecto de Código para nuestra República, deja la misma lagtua que don Dalmacio Velez Sarsfield en el que para la Argentina confeccionó.

tal: luégo, las considera adquiridas en el momento de comenzar la posesión.

La prescripción retrotrae, por consiguiente, como lo reconocen Laurent, Marcadé, Mourlón y Leroux de Bretagne.

ARTÍCULO ~~1149~~ 1188

La prescripción es un modo de adquirir ó de extinguir los derechos ajenos.

En el primer caso, se adquiere el derecho por la posesión continuada por el tiempo y con los requisitos que la ley señala.

En el segundo se pierde la acción por el no uso de ella en el tiempo señalado por la ley. Para esta clase de prescripción, la ley no exige título, ni buene fé. (1)

SUMARIO

2º Bondad del método adoptado por nuestra ley separándose de la francesa, en la exposicion de ambas especies de prescripción.

3º Signos característicos de éstas.

2º Pothier, guía habitual de los codificadores franceses, estableció una separación completa en-

(1) Cód. Arg. Arts. 1.º, 2.º y 3.º Tít. 1.º Sec. 3.ª—Cód. Chileno, Artículos 2492, 2498 y 3514.--De Francia: Art. 2219--Legis. ant. y rem. L. L. 1 y 22 tít. 22 Part. 3 y 10 tít. 16 lib. 5 R. C.--L. 3 tít. 3. Lib. 41 Dig.--Proyecto del Dr. Acevedo, art. 1250.--Cód. Ital. Art. 2105.

tre la prescripción *adquiitiva*, ó sea propiamente *usucapión*; y la *extintiva*, tratando ambas en diferentes capítulos, y advirtiendo que aquella no tiene de común con ésta otra cosa que el nombre (1).

La ley del ritmo, según su habitual modo de obrar, arrastró al legislador francés al opuesto extremo. El error de Pothier, que desconocía toda comunidad entre ambos géneros de prescripción, hizo que aquel Código, llevando demasiado lejos la reacción, los combinara en una definición única y no estableciera la necesaria linea divisoria entre las disposiciones aplicables á uno y otro, resultando de aqui una confusión lamentable.

Nuestro Código, advirtiendo el error de ambos sistemas y obrando con plausible discernimiento, (2) ha adoptado un prudente justo medio. Trata en un solo título la *usucapión* y la prescripción propiamente dicha, pero las define aisladas y, con raras excepciones, no deja lugar á duda sobre cuales disposiciones son aplicables á una y otra.

Después de consignar que la prescripción es *un modo de adquirir ó de extinguir los derechos ajenos*, agrega que en el primer caso se adquiere el derecho por la posesión continuada por el

(1) En esto ha sido imitado por la «Consolidaçao das leis civis» brasileras, publicada con autorización gubernativa por don Augusto Teixeira de Freitas.

(2) Tanto el Código de la Confederación vecina como el referido proyecto del Dr. Acevedo habían trazado ya sobre el particular la buena senda.

tiempo y con los requisitos que la ley exige, y en el segundo, se pierde la acción por el no uso de ella en el tiempo señalado por aquella.

3º Existen, como se ve, en la prescripción adquisitiva, ó sea *usucapión*, elementos no exigidos para la extintiva. — Para que ésta surta sus efectos tan sólo una condición es necesaria : el transcurso del tiempo sin ejercitar la acción. (Que se requiere para la extinción de una deuda personal exigible? Que durante 20 años permanezca en la inacción el acreedor). En las prescripciones adquisitivas, por el contrario, varía el número de elementos precisos; empero, jamás el lapso de tiempo es suficiente por sí solo para complementarla; en la treintenaria, que nuestra ley trata con especial benevolencia, dos requisitos son rigorosamente indispensables: 1.º, el lapso de tiempo; 2.º, una posesión que reuna las condiciones pedidas en el artículo 1157, que en breve analizaremos; en la prescripción de diez y veinte años, además de los dos elementos que acabamos de citar, otros tantos se exigen: 1.º buena fé por parte del poseedor; 2.º que se posea en virtud de un justo título.

Tal es la diferencia fundamental existente entre la prescripción considerada cómo modo de adquirir los derechos ajenos, y la misma, como modo de extinguirlos.

ARTÍCULO ~~1150~~ 1189 inc 1º

No se puede renunciar de antemano á la prescripción, pero sí á la que ya se ha consumado (1).

SUMARIO

4º Fundamento de la disposición. Opinión errónea de Vazeille.
5º ¿Porqué puede solo renunciarse la prescripción consumada? Palabras del Dr. Velez Sarsfield.
6º Puede renunciarse también la comenzada á correr, pero solamente en cuanto al pasado.
7º Sentido en que es eficaz la renuncia anticipada. Posibilidad de que sea absolutamente nula.

4.º ¿Qué razón ha motivado tal artículo del Código?—Si hemos de creer á Vazeille, es que la Ley no quiere permitir la enajenación ó renuncia de un derecho no existente todavía.—Pero basta á convencernos de que tal explicación es errónea, pasar la vista por el artículo 2340 ~~2340~~ 83 según el cual pueden constituir objeto de los contratos, no solo las cosas que existen, sino también aquellas cuya existencia se espera, á condición de que las unas y las otras estén determinadas, al menos, en cuanto á su género.

Otra razón ha guiado, pues, al legislador, y es á mi modo de ver la siguiente: prohibe el art. 11 se

(1) Cód. Chileno, Art. 2494.--De Francia, Art. 2220.--Argentino, Art. 19.--Proyecto del Dr. Acevedo, Art. 1251--Leg. ant. y rom.--Argum. de la ley 32, tít. 13 lib. 2 Rec. Cast. y de las leyes 38 D. de pactis y 27 D. de regulis juris.--Cód. Ital. Art. 2107.

deroguen por convenios particulares las leyes en cuya observancia se halla interesado el orden público; ahora bien: la prescripción es una de éstas: si fuera permitida su renuncia anticipada, tal cláusula no dejaría de formar parte integrante de contrato alguno; ningún futuro deudor hubiera rehusado insertarla en el que concluía, por delicadeza en primer término, y en segundo, porque siendo sumamente rara la incuria del acreedor, el deudor no da gran importancia á la probabilidad en extremo eventual de que la prescripción se cumpla. Esto sería contrario al objeto que la ley se ha propuesto; con tal cláusula jamás tendrían término las acciones judiciales, y surgirian las pretensiones de propiedad y cuestiones basadas en títulos datados de 1,000 ó 2,000 años. « Renunciar con anticipación á la prescripción », dice el Dr. Velez Sarsfield en el tomo de notas y comentarios ásu Proyecto de Código, « es derogar por pactos una ley que interesa al orden público, y autorizar convenciones que favorezcan el olvido de los deberes de un buén padre de familia, fomentando la incuria en perjuicio de la utilidad general. Si se permitieran tales renuncias, vendrían á ser de estilo en los contratos; y la Sociedad quedaría desarmada desde que se le quitaba su más firme apoyo ».

6.° Y puede renunciarse no solo la prescripción consumada, sinó también la que ha empezado á

correr; pero tal renuncia surte efectos solamente en cuanto al pasado, siendo nula respecto del porvenir: importa únicamente un caso de *interrupción*.

7.° Bueno es hacer notar que, en la generalidad de los casos, la renuncia á la prescripción futura surtirá efectos, no como tal renuncia, sinó como reconocimiento del título del verdadero propietario, lo que importa convertir la posesión en precaria, que jamás puede dar margen á la adquisición de un derecho.

El caso contrario puede, no obstante, presentarse. Supongamos un individuo que, sabiendo que otro se jacta de poder ganarle en juicio la propiedad de un bien por él poseído, le escribe lo que sigue: «Tengo conocimiento de que pretendeis os pertenece tal bien que yo poseo; estais en error, y para probaros cuán convencido me encuentro de ello, os ofrezco desde ya renunciar el recurso de la prescripción, en cualquier tiempo que entableis la demanda.» Esta renuncia, válida respecto del pasado, es nula en cuanto al porvenir, y no torna en precaria la posesión *animo domini*.

ARTÍCULO ~~1150~~ 1189 (CONTINUACIÓN)

La renuncia puede ser expresa ó tácita. Renúnciase tácitamente cuando el que puede alegarla manifiesta por un hecho suyo que reconoce el derecho del dueño ó del acreedor; por ejemplo, cuando cumplidas las condiciones legales de la prescripción, el poseedor de la cosa la toma en arriendo, ó el que debe dinero paga interés ó pide plazo, y en otros casos semejantes. (1)

SUMARIO

8º Ejemplos de renuncia tácita no enumerados en esta disposición.
9º ¿Es admisible en todos los casos de renuncia la prueba testimonial?—Tesis del Dr. don Alfonso de Salterain.
¡0 No es oponible á terceros la renuncia.

8.º Agregaré también, por via de ejemplo, á los dos casos de renuncia tácita que enumera el Código, los siguientes:

Renúnciase á la prescripción adquisitiva: 1.º Cuando se compra al propietario una servidumbre sobre el inmueble poseído. 2.º Cuando se figura como testigo en un contrato por el cual el propietario vende ó dona el bien á una tercera persona.

(1) C. Chileno--Art. 2494--De Franc.--Art. 2221--No se encuentra esta disposición en el Arg. aunque sí una análoga á propósito de la interrupción.--Proyecto del Dr. Acevedo Art. 1251--Leg. ant. ley 29 tít. 29 P. 3.ª Cód. Ital. Art. 2111.

Renúnciase á la prescripción extintiva: 1.º Cuando se paga parcialmente la deuda sujeta á prescripción, siempre que conste que tal paga se hizo á cuenta de mayor cantidad adeudada. 2.º Cuando se dá, para seguridad del acreedor, una fianza ó una hipoteca.

Fácil, pero inútil tarea fuera la de multiplicar al infinito los ejemplos. Queda en cada caso particular librado al prudente arbitrio del Juez, el determinar si tal ó cual hecho constituye ó no renuncia tácita. *Minima diferentia facti inducit magnam diversitatem juris.*

9.º El señor don Alfonso de Salterain, en la tesis presentada para optar al título de doctor en Jurisprudencia, que he tenido ocasión de consultar útilmente, sostiene una teoría contraria, según declaración propia, á la opinión común de los comentadores. Entiende dicho señor que no es indispensable conste la renuncia por escrito, cualquiera que sea la suma á que la obligacion ascienda; opina que la prueba testimonial es *en todos los casos* admisible. Invoca en su apoyo el art. 1500 del Código Civil, el cual dispone se admita pór excepción la prueba de testigos, aun para obligaciones cuyo objeto exceda de doscientos pesos, «*en aquellos casos en que la falta de prueba escrita no se puede imputar de modo alguno á la persona, por resultar de la fuerza de las cosas.*»

Dice el doctor Salterain: «El deudor que hace la

«declaración verbal de no valerse de la prescrip-
«ción como medio de rehuir sus responsabilida-
«des; que renuncia oralmenre á ella, y que se niega
«á constatar por escrito esa renuncia, coloca al
«acreedor en las condiciones del artículo 1560 del
«Código Civil, y en ese caso debe ser perfecta-
mente admisible la prueba de testigos, desde que
«la falta de prueba escrita, como dice aquel
«artículo, no se le puede imputar por resul-
«tar de la fuerza de las cosas.» Y bien, yo me per-
mito creer que el doctor Salterain no se ha penetra-
do del espíritu de la preindicada disposición, de lo
que entiende el Código por *fuerza de las cosas*.—En
los cuatro incisos que aquella enunciativamente
abarca, se vé que la imposibilidad proviene, *no de
la voluntad del deudor, sinó de la naturaleza mis-
ma de los hechos*. Así, tratándose de las obligacio-
nes resultantes de un cuasi-delito ó un cuasi-con-
trato, la imposibilidad de la prueba escrita no resul-
ta de la voluntad contraria del deudor. Igual cosa
puede decirse del depósito necesario, de la pérdida
del título, etc.; en ellos es *físicamente* imposible
(en general al menos) extender el documento justi-
ficativo correspondiente. ¿Sucede acaso lo mismo
tratándose de la renuncia? Indudablemente no. En
todos los casos es *físicamente* posible adquirir la
prueba escrita:—si el acreedor no lo consigue es
porque el deudor no quiere. La imposibilidad pro-
viene de éste, no de la naturaleza del acto en sí, no

de *la naturaleza de las cosas*. Es por ésto que
creemos que el doctor Salterain no tiene razón
suficiente, motivos bastante poderosos, para sepa-
rarse, como lo hace, de la opinión unánime de los
jurisconsultos.

10. Notemos de paso que la renuncia no es opo-
nible á terceros, y sí únicamente á aquel de quien
emana, ó sus representantes. Jamás podrá alegarse
ella contra los codeudores solidarios ni contra los
fiadores del renunciante. (Arts. 1152 de nuestro
Cód. 17 del Título respectivo del Arg. 3496 del
Chil.)

ARTÍCULO ~~1151~~ 1190

*El que no puede enajenar no puede renunciar la
prescripción.* (1)

SUMARIO

11. ¿Despréndese del art. 1151 que la renuncia importe enajenación, traslación de derechos? Respuesta afirmativa de Dunod adoptada por Laurent. Argumento en contrario tomado del inciso 2.º del subsiguiente artículo.
12. Verdadero fundamento del 1151.
13. ¿No alcanza este á la prescripción que comenzó ya á correr? Opinión aislada de Pothier.
14. Error de Marcadé: acuerda á los tutores y curadores debidamente autorizados el derecho de renuncia.
15. Paridad de casos entre el menor emancipado y la mujer separada de bienes.

11. ¿Expresa, acaso, este artículo que la renuncia
importa una verdadera traslación de derechos, una

(1) Cód. Arg. Art. 19, Tít. respect.-Cód. Chileno, 2495,--Proyecto del doctor Acevedo, Art. 1252—Cód. Fr. Art. 2222—Leg. Róm. Ley 28 D. de verb. significat.

enajenación, tal cual puede serlo el contrato de compra-venta ó la donación entre vivos? A no considerar sino dicha disposición legal, aisladamente, tal pregunta debiera recibir respuesta afirmativa; pero no así si investigamos el espíritu del Código, combinando el artículo enunciado con el 2.° inciso del que le sigue.

Hemos sentado y tratado de fundar anteriormente, que es la prescripción un modo de adquirir ó extinguir derechos ajenos ; ¿ se sigue de aqui que la renuncia, una vez cumplido el término de la prescripción, constituya verdadera enajenación del bien adquirido, á favor del antiguo propietario ? — ¿ se sigue también que la renuncia á la prescripción extintiva equivalga , tratándose de una deuda, á una donación hecha por el ex-deudor á su antiguo acreedor ? Nó, á mi parecer.

La prescripción es un modo de adquirir ó extinguir, más distinto esencialmente de los otros: no opera de pleno derecho. No basta el cumplimiento del término para que la propiedad pase *ipso jure* al poseedor, ó pierda toda acción el acreedor; nó : otro requisito es necesario : ha de declarar el que ha prescripto su intención de usar de tal derecho. — *Los jueces*, dice el inciso á que me he referido, *no pueden suplir de oficio la excepción que resulte de la prescripción.* Este inciso es, creo, decisivo : si la prescripción traspasara la propiedad ó extinguiera de pleno derecho la acción, él no tendría razón de ser, según pretende un autor de nota.

Tal doctrina, que es la de la generalidad de los comentadores, ha sido refutada por Laurent con más brillo que solidez. Al parecer, sostiene este autor que la propiedad se adquiere y la deuda se extingue tan pronto como se cumple el término establecido por la ley; no es preciso, según él, que el deudor invoque la prescripción.

En esta parte de su obra, Laurent, contra su habitual manera de proceder, descuida en demasía el texto de la ley, para consultar á la tradición y, sobre todo, la opinión de Dunod, que considera, y es realmente, de gran autoridad. No juzgo deba ser ese el órden lógico; sólo cuando la Ley no sea susceptible de interpretarse por sí misma, es permitido acudir á tales fuentes.

Hay más: él mismo ha condenado el principio que sostiene, afirmando que «permanece en estado « de abstracción, pues el texto de la ley se opone á « que se acepten las consecuencias que de él fluyen » (1).

12. ¿Por qué, pues, si la renuncia á la prescripción no importa desprenderse de algo propio, exis-

---

[1] La doctrina de Laurent, en la legislación anterior á nuestro Código, hubiera tal vez hallado fundamento en una definición de la citada ley 28 D. de verb. significat.: «*Alienationis verbum etiam usucapionem continet*». Y tal vez este texto mismo ha inspirado al Dr. Velez Sarsfield las siguientes palabras de sus notas: «Renunciar á una prescripción cumplida es renunciar al objeto mismo que la prescripción ha hecho adquirir»....

tente, ha exigido nuestro Código para su validez, facultad de enajenación?

La razón es sencilla: si en esencia, enajenación y renuncia son dos cosas distintas, forman una misma en cuanto á sus efectos. Tan expuesto se encuentra á ser víctima de la astucia y de la mala fé el individuo que renuncia á la prescripción, como el que enajena un derecho.

13. El artículo que comento, al hablar de *renunciar la prescripción*, parece aludir únicamente á la ya adquirida: ¿la que sólo ha comenzado á correr puede, pues, ser válidamente renunciada por el incapaz? Es generalmente criticada la solución afirmativa que á la cuestión da Pothier. Tal crítica se funda en que el abandono del tiempo ya corrido es, por parte del incapaz, una declaración que lo perjudicaría, y un incapaz no puede válidamente celebrar un acto contrario á sus intereses.

14. Basándose en que el *tutor* ó el *curador* debidamente autorizados, tienen facultad para enajenar y satisfacer, por tanto, la exigencia del artículo 1151, pretende Marcadé que, una vez llenado aquel requisito, puede, como mandatario del menor ó del interdicto, renunciar á la prescripción adquirida.

Mourlon, opinando en contrario, se funda en que, siendo la renuncia de la prescripción un deber de conciencia, ella debe emanar de la persona á quien interesa.

Niego, á ejemplo de Mourlon, tal capacidad de renunciar al tutor y al curador; considero, no obstante, que esta teoría reposa en razones de carácter más jurídico. En efecto, la facultad de enajenación que á aquellos puede el Juez acordar lícitamente, no es absoluta; la limita el Código Civil en su artículo 347. Según éste, no podrá el Juez autorizar la enajenación de los bienes raíces del menor, ni la constitución de derechos reales sobre éstos, ni la enajenación ó empeño de los bienes muebles preciosos ó que tengan un valor de afección, *sino por causa de absoluta necesidad ó de utilidad evidente.* Esta disposición es aplicable á la curaduría del interdicto (artículo 383 del mismo Código). Ahora bien: ¿dónde se encuentra, pregunto yo, para el menor y el interdicto, esa absoluta necesidad ó evidente utilidad en renunciar la prescripción que exige el aludido artículo de la tutela? Paréceme, muy al contrario, que es *evidentemente* más *útil*, en la aceptación pecuniaria que da la ley á estas palabras, ampararse de una institución en virtnd de la cual acrecentará su patrimonio.

No pudiendo, por consiguiente, autorizar el Juez de una manera legal á los tutores y curadores para renunciar la prescripción, forzoso se hace rechazar la expresada opinión de Marcadé.

15. Esta solución debe hacerse extensiva al menor emancipado y á la mujer separada de bienes: ni aquél ni ésta tienen el derecho de libre enajenación.

(1) hasta la citación para sentencia

ARTÍCULO ~~1152~~ 1191 Inc 1º

La prescripción puede oponerse en cualquier estado de la causa, ~~ya sea~~ en primera ó segunda ó 3ª instancia . (1)

SUMARIO

16. Fundamento de la disposición.
17. Laguna de nuestro Código tomada del francés, y salvada en el Argentino á imitacion del de Luisiana
18. Excepcion en casos de renuncia tácita acreditada por los medios de defensa. Error de Duranton.

16. Es de esencia en las excepciones dilatorias, vale decir, en las que tienen por objeto remitir á otro tiempo ú otro tribunal el exámen de la cuestión, que ellas sean invocadas *in limine litis*, y en el orden trazado de antemano por la Ley;—las perentorias, por el contrario, pueden serlo en todo estado de la causa, *en tanto que las partes tienen derecho á ser oidos*. La prescripción pertenece á estas últimas, y es, de todas, la más favorecida. El que ella ofrece es un recurso al cual los litigantes con repugnancia se acojen; existe la creencia, más ó menos errónea, de que la honradez y la delicadeza prohiben invocar la prescripción, oyéndosela con frecuencia llamar recurso de mala ley; de aquí, que

(1) Cod. Arg. art 16. tit respect.-- Cod. Fr. art. 2224--Leg. rom L, 8 Cod. de except. seu prescript. -- Proyecto del Dr. Acevedo -- Art- 1253 --- Hemos buscado inutilmente esta disposición en el de Chile.

los litigantes solo se resuelvan á echar mano de ella, una vez agotados todos los demás medios de defensa, y cuando desesperan en absoluto de su eficacia: es ese prejuicio ó sentimiento de delicadeza (como quiera llamársele), que contempla la Ley en la primera parte del art. 1152.

17—Nuestro Código, siguiendo en esto demasiado servilmente al francés, deja una laguna, que supo percibir y colmar el argentino.

Supongamos el caso de que en última instancia, hecha publicación de probanzas y citadas para sentencia las partes, invoca una de ellas la prescripción.—Varias hipótesis se presentan: 1.ª no existe prueba alguna en autos; ¿qué hacer? ¿abrir nuevamente á prueba la causa y seguir otro juicio para la justificación del hecho invocado?: fácilmente se conciben los múltiples inconvenientes y demoras de tal temperamento, que viene, por decirlo así, á resucitar un juicio yá en su término; ¿no hacer lugar á la excepción?: es contrariar la letra expresa del aludido art. 1152.—2.ª hipótesis: resulta justificada á última hora la excepción de prescripción que se invoca; ¿qué temperamento adoptará el Juez? ¿estará á esa prueba deslizada en el último momento por una de las partes?: importaría privar de defensa á la otra, que tal vez ni percibió la celada que su contrario preparaba; ¿abrirá nuevamente el juicio?: Ya apuntaremos la inconveniencia que en hacerlo habría.

Por que salva esa laguna y evita tales dudas, aplaudimos la previsión del legislador argentino, que, complementando con una acertada disposición del Código de Luisiana (1) la del francés, ha consignado en su art. 15 (Sec. 3.ª tit. 1.º): «La prescripción puede oponerse en cualquier ins-«tancia, y en todo estado del juicio anterior al tiem-«po en que las sentencias hayan pasado en cosa juz-«gada; pero ante los Tribunales superiores no pue-«de oponerse, si no resulta probada por instrumen-«mentos presentados, ó testigos recibidos en pri-«mera instancia.»

18. Toca al buen criterio del Juez exceptuar de la disposición que comentamos los casos en que la renuncia tácita de la prescripción resulte de los medios de defensa aducidos contra el actor. Por ej: el demandado que en el curso del juicio opusiera la compensación renunciaría de una manera implícita (comunmente, no en todos los casos) á aquella, pues tal excepción importa reconocer la deuda. Y digo comunmente, porque en esta materia es imposible trazar regla fija alguna, ni preestablecer con carácter absoluto los hechos que suponen el abandono de la prescripción; así, en la práctica, ha sido desmentido el principio ligeramente sentado por Durantón, según el cual, *quien ofrece pagar renuncia á la prescripción.*

(1) Así lo expone en la nota respectiva el Dr. Velez.

Cuanto afirmarse puede, es que el Juez resolverá según se lo indique su criterio, ilustrado por las circunstancias especiales del caso.

Alguien lo ha dicho:—los hechos vienen á menudo á desmentir las más sabias teorías.

1491

ARTÍCULO ~~1152~~ (CONTINUACIÓN)

Los Jueces no pueden suplir de oficio la excepción que resulta de la prescripción. (1) Art 248 C.P. Civil

SUMARIO

19 Crítica injusta de Troplong.—Palabras de Bigot—Preameneu—Principal fundamento del artículo—Opinión del doctor don Dalmacio Velez Sarsfield.

19. Si exceptuamos á Troplong, quien piensa que tal prohibición no tiene razón de ser en el derecho moderno, podremos afirmar quetodos los autores han intentado justificarla.

En obsequio á la brevedad, citaremos solo dos de las explicaciones que se han dado á esta disposición absoluta, aplicable *lo mismo en materia civil que en materia comercial.*

Bigot-Preameneu (Mourlón ha hecho suyo el juicio emitido por el orador del Gobierno francés) se expresa en estos términos: «El tiempo solo no

[1] Cód. Arg. Art. 18, Sec. 3.ª tit. 1º—Cód. Chil. Art. 2493—Cód. Fr. Art. 2223—Proyecto del doctor Acevedo: Art. 1253 inc. 2º—Cód. Ital. Art. 2109.

« opera la prescripción; es necesario que con él « concurran, ya la larga inacción del acreedor, ya « la posesión con los requisitos que la ley exije. « Esta inacción y esta posesión son circunstancias « que no pueden ser conocidas y verificadas por los « jueces, sino cuando ellas son alegadas por al- « guien que pretende aprovecharse de ellas.»

No considero satisfactoria, por sí sola, tal explicación.

Ante todo, al disponer la ley que los jueces no pueden suplir de oficio la excepción que resulta de la prescripción, se refiere á prescripciones *probadas;* otra interpretación no cabe: incurriría el legislador en una verdadera simpleza, si dijera que la prescripción *no probada* no puede ser suplida de oficio por los jueces. Esto cae de su peso.

Por otra parte, no hay exactitud en afirmar que la inacción y la posesión son circunstancias que sólo pueden quedar averiguadas cuando las invoque alguna de las partes. ¿No puede, en efecto, dar por resultado el proceso, en ciertos casos, su prueba clara y plena?

Asi, pues, aunque el legislador ha tomado, probablemente, en cuenta aquellas consideraciones, otro es el principal fundamento de la disposición que comentamos.

El recurso de la prescripción subleva *en ciertos casos* un escrúpulo de conciencia; la honradez impide *á veces* invocarlo (la ley coloca esta excep-

ción entre las que dejan subsistir la deuda natural. —Art. 1463, inciso 3.°); ahora bien: existiendo individuos á quienes sólo detiene el temor á la opinión ajena, «esa conciencia de los que no tienen conciencia», la ley saca partido de este humano respeto, á falta del verdadero móvil de la honradez. Establecer la prescripción de oficio, hubiera sido colmar los deseos de aquellos hombres, suprimir un freno saludable, permitir que el cobarde retirara el fruto de la mala fé, sin tener el valor de afrontar las consecuencias de su indignidad. «Ciertamente, « el legislador no debía hacerlo; que el que preten- « da ampararse de la prescripción esté al menos « obligado á declararlo altamente.»

Extracta en sus «Notas» el doctor Velez Sarsfield el fundamento del artículo que comentamos, y aunque su opinión contraría en algo la que hemos emitido, juzgamos oportuno citarla; dice así el proyectista y comentador del Código Argenti- « no: «El Juez supliendo de oficio la prescripción, « supliría hechos que deben demostrarse, y los jue- « ces, no pueden suplirlos de oficio.—A más, mu- « chas veces la conciencia puede resistir el oponer « la prescripción: el que sabe que no ha pagado una « deuda puede no querer recurrir á aquella, la que « resultaría opuesta solo por el juez, sino admitiese « la demanda del acreedor por haber corrido más « de diez años desde el nacimiento de la obliga- « ción.»

ARTÍCULO 1153 1192

Los fiadores y todas las demás personas que tienen interés en que la prescripción exista, pueden oponerla aunque el deudor la haya renunciado. (1)

SUMARIO

20 Primera desviación de la legislación francesa, sancionada por el art. 1152--Su poco acierto.
21 Segunda desviación--Opiniones encontradas de Troplong y Marcadé.--Carece de importancia.
22 Tercera desviación--Su motivo y prudencia.
23 Razón justificativa del artículo.
24 Su independencia de la acción pauliana--Opinión de Valette.
25 Sus consecuencias prácticas.
26 Su poca equidad.
27 Ejemplos de terceros interesados--Excepción: los sucesores á título universal.

20 Nótase á primera vista en este artículo una modificación, que me permito calificar poco acertada, de la disposición correspondiente del Código francés, el cual ha servido de patrón á nuestro legislador. Allí donde la ley oriental, dice: *aunque el deudor la haya renunciado*, expresa la de Francia: *aunque el deudor* Ó EL PROPIETARIO *la renuncien*.

¿Cuál ha sido, pues, la mente de la primera al consignar tal desviación? ¿Ha pretendido, acaso,

(1) Cód. Arg. Art. 17, Sec. 1.ª tit. 1.—Cód. Chil. Art. 2496—Cód. Fr. tít. 2225. Proy. del doctor Acevedo, Art. 1254.—Leg. rom. L. 19. D.--Cód. Ital. Art. 2112.

limitar la acción de los interesados? ¿Ha querido, por ventura, que solo puedan oponer éstos la prescripción en el caso de que el renunciante sea un verdadero DEUDOR, tomando esta palabra en su acepción extricta? ¡No es posible!

Habiendo determinado nuestra ley civil que no se puede renunciar válidamente, con respecto á terceros interesados, la prescripción extintiva de una deuda, lícito es afirmar, *á fortiori*, que carece de efecto obligatorio para las demás personas interesadas en ello, la renuncia á la prescripción adquisitiva,—la del dominio de un inmueble, por ejemplo. Y digo *á fortiori*, porque en este caso la renuncia tiene un carácter de gratuidad, de donación, más pronunciado: en el primero, el acreedor pierde su derecho por no ejercitarlo; en el segundo, lo pierde á un doble título: su inacción y el hecho de poseerlo quien adquiere su propiedad. Si en aquel pueden oponerse los terceros interesados al pago de la deuda, ¿cómo no podrían impedir en este caso la entrega del inmueble, siendo más respetable aún el derecho del que posee éste, que el del deudor en el precedente?

La palabra *deudor*, en mi opinión, debe tomarse en una acepción lata, y tal vez poco jurídica. Yo entiendo por deudor, en este caso, tanto al que *debe* una cantidad de dinero, como al que *debe* despojarse en favor de otro del usufructo de un bien, co-

mo al que *debe* entregar un inmueble, que posée sin pertenecerle, á su verdadero propietario.

21. Otra modificación sanciona el Código. Establece el Francés que los *acreedores ó toda persona, etc.*, y el nuestro que los *fiadores y todas las demás personas....* (1)

Marcadé, tratando este punto, critica á Troplong el dar como ejemplo de personas interesadas en hacer valer la prescripción por un tercero, á los fiadores. Fúndase en que existen en este caso dos deudores, el fiador y el afianzado, (cuyas respectivas obligaciones se prescriben, es cierto, simultáneamente, pues las circunstancias á que están sujetas una y otra son idénticas), y que, por consiguiente, el fiador no alega la prescripción de la deuda principal, sino la de la suya propia, que se ha extinguido al mismo tiempo que la primera, pero que es bajo todos conceptos independiente de ella, y sobre la cual no tiene influencia alguna la renuncia del afianzado. « No se encuentra, pues « aquí » dice el reputado autor de la Explicación « teórica y práctica del Código Civil, « aplicado « el artículo,—pues éste supone una persona inte- « resada en la prescripción adquirida por otra y no « por ella, una persona que sólo opone esta pres- « cripción ajena y que en caso de haber habido re- « nuncia por parte de esa otra, se vé obligada á ha- « cerla anular. »

(1) También el Código Chileno y el Italiano se refieren á los fiadores.

UNIVERSIDAD DE LA REPUBLICA
FACULTAD DE DERECHO
BIBLIOTECA

¿Tiene razón Marcadé? Si así fuera, debiéramos hacer extensiva á nuestro legislador la crítica que dicho jurisconsulto hace á esta parte de la obra de Troplong.

Aquella no es en manera alguna justa, á mi ver. Cierto que en la generalidad de los casos se extinguirá con la deuda principal, la obligación del fiador; pero esto no puede sentarse como regla absoluta. Supongamos, por ejemplo, el caso en que por convenio intervenido exclusivamente, y aún contra la voluntad del deudor, entre el acreedor y una tercera persona, ésta haya prestado fianza de que dicho deudor abonará el importe del crédito; supongamos, asimismo, que ese contrato de fianza, autorizado por el artículo 2081, se haya celebrado en una época posterior á la en que se contrajo la obligación principal. En esta hipótesis, si inmediatamente de prescrita la deuda, el deudor renunciara á la prescripción, negando al mismo tiempo el pago de aquella, el fiador reconvenido sin demora, no estaría en el caso de alegar derecho propio alguno, y sólo podria salir triunfante en el juicio oponiendo la prescripción renunciada por el obligado principal.

Igualmente sería aplicable á los fiadores el principio enunciado, en aquellos casos en que el objeto de la fianza no fuera la deuda á cuya prescripción se renuncia. Figurémonos en esa hipótesis, que el deudor renunciante disminuye su fortuna hasta el

57696
14 MAR 2022

punto de no ofrecer suficientes garantías al fiador; éste, entonces, podría salvaguardando sus intereses y puramente en nombre de aquél, alegar la excepción renunciada.

Vemos, pues, que en absoluto, no son fundados los asertos de Marcadé, ni por tanto, censurable en tal sentido la modificación introducida por nuestro Código. El cambio de la palabra *acreedores* por la de *fiadores*, carece de importancia, pues ellas sólo revisten carácter enunciativo, — no taxativo.

Esta solución, creo, puede recibir el punto discutido. La propongo con suma desconfianza, no obstante haberla meditado detenidamente, pues no la he encontrado en los autores que he habido á las manos, y por que se me hace difícil creer que á pesar de su sencillez, (tal vez sólo aparente) no haya ocurrido ella al clarovidente criterio de Marcadé.

22. Una tercera y última modificación al referido artículo del Código Francés introduce el que en este momento comentamos.

En vez de las palabras « *aunque la haya renunciado* », dice aquel Código: « *aunque á ella renuncie.* »

Algunos comentadores, haciendo hincapié en lo poco terminante de estas últimas, han pretendido que no responden al pensamiento de su autor; que no se trata de una verdadera renuncia, y que tan

sólo aluden al caso en que el deudor ó el que posee no declaran su voluntad de aprovecharse de la prescripción. En caso de una renuncia positiva y terminante, concluyen, los terceros interesados no tendrían acción alguna.

Tal creencia, aunque sustentada por autores de nota, hállase, á no dudarlo, en abierta oposición con el texto á que se refiere; sólo violentando la acepción gramatical y jurídica de la palabra RENUNCIA, puede arribarse á tales conclusiones.— « Esto no es interpretar la ley: es hacerla. »

Nuestro Código, empero, ha procedido plausiblemente al introducir la pequeña modificación aludida; — ella mina por su base toda duda, más ó menos infudada, sobre el alcance y sentido de las palabras.

23. Determinados ellos, tócanos exponer el fundamento de la disposicion legal en estudio: intrincado problema, del cual puede sin exageración afirmarse que ha recibido soluciones en número casi tan crecido cual el de los escritores que lo abordaron; esto no obstante, en obsequio á la brevedad, expondré tan sólo la que reputo acertada.

Consigna nuestro Código en el inciso 3.° de su artículo 1403, que la prescripción deja subsistir la deuda natural, y entiende por tal aquella que, procediendo de la sola equidad, no confiere acción para exigir su cumplimiento; por un sentimiento de delicadeza y honorabilidad, que la ley mira com-

placida, puede, pues, el deudor (ó el poseedor) renunciar al recurso que aquella le ofrece. — Pero, como es muy lógico, este laudable escrúpulo de conciencia es respetado sólo en tanto que no lesiona ajenos derechos: si el poseedor, si el que debe, son insolventes, tal delicadeza pierde todo mérito: no son ellos quienes ejecutan el acto generoso, ó al menos quienes sobrellevan sus consecuencias; nó: los en realidad sacrificados son los acreedores, los fiadores ... Por ello, y teniendo en cuenta que no es lícito al propietario ó deudor ser escrupuloso á expensas de sus acreedores, es que el Código ha acordado á los interesados el derecho de que tratamos.

24. Considero, siguiendo la opinión de Mr. Valette, que éste es en un todo independiente de la acción que sanciona el art. 1257; dice este así: *Podrán también los acreedores pedir á nombre propio que se rescindan ó revoquen las enajenaciones otorgadas por el deudor con fraude y en perjuicio de ellos. — Consiste el fraude en el conocimiento de la insolvencia del deudor.*—Ya he expresado anteriormente las razones en que me apoyo para pensar que la prescripción no opera de pleno derecho, que *ipso jure* no traspasa la propiedad ni extingue la deuda. Dando esto por fundado, forzoso es reconocer que no nos encontramos en el caso del citado artículo 1257, pues éste solo concede á los acreedores el derecho de ha-

cer rescindir ó revocar las ENAJENACIONES, ya á título oneroso, ya á título gratuito, otorgadas por el deudor. Mal puede reputarse la renuncia una enajenación, si el bien sobre cuya prescripción recae no ha entrado aún á integrar el patrimonio del renunciante, si el acto de éste implica tan solo un reconocimiento de propiedad. ¡ *Nemo dat quod non habet* !

25. Esta discusión no es de interés puramente teórico; muy al contrario, son de real importancia sus consecuencias prácticas. En efecto, si el art. 1153 fuera una mera aplicación del 1257, si la disposición que el consigna no se distinguiese sustancialmente de la acción pauliana, preciso fuera convenir en que el derecho que el primero de aquellos acuerda no podría ser ejercitado por *todos los que tienen interés en que la prescripción exista*, y sí únicamente por aquellos interesados que probaren el fraude del renunciante.

Convencido de que los dos artículos cuya comparación acabo de hacer no tienen entre sí relación alguna, opino que basta el simple interés, siendo innecesaria la prueba de fraude, para oponer la prescripción, aun renunciada por el deudor.

26. Esto en la práctica y como interpretación de las disposiciones legales. En teoría, otro es mi parecer. Si tratándose de la donación, en que el donatario recibe un bien sin tener de antemano á él derecho alguno, y sin entregar nada en cambio, se

exige, no obstante, prueba de fraude á fin de dejar el contrato sin efecto, paréceme que tratándose de la renuncia á la prescripción, en que el renunciante cumple una obligación natural (art. 1403 inciso 3.°), y sólo reconoce un derecho preexistente, la ley debiera proceder al menos con la misma cautela, y exigir iguales pruebas, por lo menos, para decretar la nulidad del acto.

Y no se diga con Laurent que es imposible la prueba del fraude, por haber el poseedor ó el que debe obedecido tan sólo á un escrúpulo de conciencia; — aquél puede siempre ser probado: es una cuestión de hecho para nuestra Ley: consiste el fraude en el conocimiento de la propia insolvencia. (Art. 1257, inciso 2°.)

27. No terminaré sin enunciar algunos ejemplos de terceros interesados en oponer la prescripción:

1.° Aparecen en primera línea los acreedores del renunciante, á quienes he citado en los párrafos que preceden.

2°. Asimismo he tratado en ellos de exponer algunos casos en que los fiadores pueden oponer la excepción, renunciada ó no por aquel cuya obligación ú obligaciones han afianzado.

3°. Pueden oponer la prescripción también los causa-habientes á título particular del renunciante; por ejemplo: el comprador, el donatario. Suponiendo que en el momento de realizarse la venta se había cumplido ya el término para la adquisición, el comprador ó el donatario pueden oponer que se ha prescripto el dominio del bien, aún cuando su causante hubiera renunciado tal derecho. Los actos del último no pueden obligar ni perjudicar á terceros.

En el supuesto de que al celebrarse el contrato no hubiera finalizado aún el plazo exigido para prescribir, el art. 1153 no recibe rigurosa aplicación: los causa habientes invocan un derecho propio, no impiden se anule la renuncia de su autor, pues éste no ha renunciado, ni podía hacerlo, á adquirir un bien de cuya posesión no disfrutraba ya.

Existe una clase de interesados, los sucesores á título universal del renunciante, que no puede oponer la prescripción. Tienen en ello tanto interés como el que más, pero se lo impide su calidad de representantes de la persona del difunto. Si creando una ficción, la ley supone que el causante se ha perpetuado, que continúa en la persona de sus sucesores á título universal, éstos, que forman con aquél una sola y misma individualidad, no pueden invocar un derecho de que él se había anteriormente desprendido.

Que cosas

ARTÍCULO 1154 1193

Puede prescribirse todo lo que está en el comercio de los hombres, á no prohibirlo alguna ley especial. (1)

SUMARIO

28. Explicación del artículo dada por Laurent.
29. Excepción establecida por la misma disposición: servidumbres discontínuas y no aparentes.

28. *Lo que está en el comercio de los hombres.* Hé ahí la única especie de bienes susceptibles de prescripción; ¿cómo serían prescriptibles los que están fuera de él, si no pueden pertenecer á los particulares?

Pero, ¿cuáles son esos bienes que se hallan fuera del comercio de los hombres?

Declárase Mourlón incapaz de dar respuesta por medio de una fórmula general.

Creo haberla encontrado en Laurent. Dice este autor, que «*una cosa está en el comercio cuando tiene dueño y puede cambiar de él.*» Faltando alguna de estas condiciones, es decir, no siendo susceptible de tener propietario, ó no pudiendo cambiar de él, la cosa deberá reputarse ajena al comercio de los hombres.

(1) Cod. Arg. Art. 6.º Sec. 3ª. tit. 1º.—Cod. Chil. Art. 2499—Cod. Fr. Art. 2226—Leg. ant. L. L. 6 y 7 tít. 29 Part. 3ª—Proyecto del Dr. Acevedo Art. 1255.—Cód. Ital. Art. 2113.

Es indispensable, pues, según este artículo, para adquirir un derecho por prescripción, no sólo que ese derecho sea en sí susceptible de ello, sino además que lo sea el bien, la cosa á que ese derecho se aplica. Daré en el comentario del artículo siguiente, algunos ejemplos de bienes que se encuentran fuera del comercio de los hombres.

26. *A no prohibirlo alguna ley especial.* Pero no todos los bienes existentes en el comercio de los hombres pueden prescribirse. No son susceptibles de ello los bienes que ciertas leyes declaran tales; «las servidumbres contínuas no aparentes y las discontínuas de todas clases», por ejemplo, no pueden ser adquiridas por prescripción, y se hallan, no obstante, en el comercio de los hombres: pueden tener dueño y ser enajenadas. (Art. 533).

ARTÍCULO 1155

El Estado respecto de los bienes susceptibles de propiedad privada, los establecimientos públicos y corporaciones, quedan sujetos á las mismas prescripciones que los particulares y pueden oponerlas como ellos (1).

SUMARIO

30. El inciso 1.º del art. 1155 es consecuencia lógica del 21.
31. ¿Porqué se halla el Estado sujeto á prescripción solo en cuanto á los bienes de propiedad privada?
32. Bienes exentos de prescripción.
33. Opinión de Dunod y D'Argentré según la cual pueden por convenio privado convertirse en prescriptibles bienes que no lo son y vice-versa.

30. Es ésta, una consecuencia lógica del inciso 2.º del artículo 21, que declara personas jurídicas, y por consiguiente capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones, al Estado, al fisco, al municipio y las corporaciones, etc., reconocidas por la autoridad pública; equiparadas las personas jurídicas á las naturales, de rigor era que quedasen sujetas á iguales prescripciones. (2).

(1) Cód. Arg. Art. 5.º, Sec. 3.ª, Tít. 1.º—Cód. Chil. Art. 2497—Código Fr. Art 2227—Proy. del Dr. Acevedo, Art. 1256—Leg. ant. L. L. 7 y 16, tít. 29, Part. 3.ª

(2) El artículo en comentario ha venido á derogar un privilegio de la legislación anterior: según las leyes de Partidas citadas en la nota que precede, «las cosas prescriptibles de las Iglesias y de los Consejos no podían prescribirse por menos de cuarenta años».

31. *El Estado respecto de los bienes susceptibles de propiedad privada....* Según el artículo 429 de nuestro Código, se dividen los bienes nacionales en bienes nacionales de uso público ó bienes públicos del Estado, y bienes privados del Estado ó bienes fiscales.

Al decir la ley que el Estado queda sujeto á prescripción y podrá invocarla como los particulares, respecto de los bienes de propiedad privada, alude á esa clasificación de la propiedad nacional. Los bienes públicos del Estado, cuyo uso no pertenece á tal ó cual determinada persona, sino que es de carácter común, no pueden ser pasibles de propiedad privada, no estando, por tanto, en el comercio de los hombres. De aquí que el Código haga excepción con ellos y los declare exentos de prescripción.

32. Pertenecen á esta clase de bienes:

1.º Las calles, plazas y caminos públicos.

2.º Los puertos, abras, ensenadas y costas del territorio oriental, en la extensión que determinen leyes especiales.

3.º Los ríos y arroyos navegables ó flotables en todo ó parte de su curso.

4.º Las riberas de estos ríos ó arroyos, en cuanto al uso que fuere indispensable para la navegación.

5.º El agua corriente, aún de los arroyos no navegables ó flotables, en cuanto al uso para las pri-

meras necesidades de la vida, si hubiere camino público que la haga accesible.

6.° Los puertos, canales y demás obras públicas, construidas y conservadas á expensas de la Nación.

Todos estos bienes están exentos de prescripción, en tanto, al menos, que se hallan destinados á servicios de uso general, y solo pueden entrar en el dominio privado previa resolución legislativa que altere su destino, como ha acontecido recientemente con la plaza de Zabala, de esta ciudad, que será en breve enagenada al Banco Nacional.

33. La prescripción es de orden público. No pueden, por esta consideración, en convenios particulares, convertirse en prescriptibles cosas que la ley declara imprescriptibles, ni recíprocamente, como han pretendido hacerlo Dunod y D'Argentré para ciertos casos especiales. Está prohibido, según el artículo 11, derogar por tales convenios las leyes en cuya observancia se encuentre interesado el orden público.

ARTÍCULO. ~~1155~~ 1494 uno 2º

Sin embargo, los requisitos para la prescripción de las tierras públicas seran objeto de una ley especial.

SUMARIO

34 -- ¿ Cuales son tierras públicas ? Disposiciones del C. C. — Sobras de campos enajenados por el Fisco; Ley de 27 Abril 1835 — Decretos de 5 de Setiembre del 56 y Enero 19 del 69 — Terrenos que abarcaban las antiguas murallas: Ley de 17 de Mayo de 1869.

35 — Urgente necesidad de la ley agraria anunciada por el Código, y de una mensura general, muy facilitada hoy.

36 — Sistema â que debe responder la ley de tierras públicas.--Sucesivo empleo de todos ellos. -- El de las donaciones, por los reyes de España. -- El enfitéutico : Ley 17 de Mayo de 1833. -- El de arrendamiento: Decreto de 28 de Agosto de 1861 --

37 -- Sistema vigente: la venta. . -- Leyes de 17 de Marzo de 1831, -- 20 de Abril de 1835, -- 20 de Junio del mismo año, -- 9 de Julio de 1852, y 8 de Abril de 1857. -- Decretos diversos.

38 -- Superioridad del régimen de la venta. -- Explicacion de los demas en ciertas épocas. -- Opinion del Dr. D. Nicolas de Avellaneda.

39 -- ¿ Debe privilejiarse en la venta á los ocupantes?

40. -- Condiciones qne debe reunir úua buena ley agraria.

481-482 fiscales

34. Digamos ante todo qué son tierras públicas: según los arts. ~~434 y 435~~ del Código son tales, todas aquellas situadas dentro del territorio de la República que carecen de otro dueño, así como las que forman parte de patrimonios vacantes y de herencias yacentes.

No deben considerarse tierras públicas sujetas á la ley de prescripción por dictarse, las sobras de campos ó terrenos enajenados por el Fisco y poseidos durante un año: la prescripción se ha consu-

mado ya respecto de ellas, de conformidad con el art. 1655 del Código;—Así está mandado y reconocido por los arts. 1.° y 2.° de la Ley de 27 de Abril de 1835 y los decretos gubernativos de 5 de Setiembre de 1856 y 19 de Enero de 1869.

Tampoco tienen carácter fiscal, según Ley de fecha 17 de Mayo del mismo año (1869), los terrenos que abarcaba esta Ciudad dentro de la antígua muralla, los cuales se conceptúan salidos para siempre del patrimonio del Fisco, « cualquiera « que sea el título legal con que los posean los « particulares. » — Admite dicha Ley una sola excepción: los terrenos que por reversión hubiesen vuelto ó puedan volver al dominio público y no estén prescritos. (art. 2.°)

35. La Ley especial anunciada por la disposición en estudio, que ha de venir á fijar definitivamente los requisitos y condiciones á que se sujetará la prescripción de tales tierras públicas, se halla por dictar aún, no obstante los diez y nueve años transcurridos desde la promulgación del Código y diversas tentativas hechas en tal sentido.

Y sin embargo, ella es urgente, y su urgencia, comprendida por todos, ha sido proclamada sin contradicción en documentos públicos y publicaciones particulares.

Una buena parte del territorio de la República (algunos la hacen subir á un sexto y hasta á un quinto) es poseida sin título bastante, es fiscal—

Mucha de ella ni aún bajo el punto de vista de impuesto es útil al Estado, pues la falta de una mensura general, decretada en varias ocasiones (1) y nunca realizada, impide que se conozca con certeza la extensión de cada propiedad rural, y pone á muchos propietarios ocupantes de mayor área que la que su título les asigna, en condiciones de defraudar al Fisco concurriendo al impuesto de Contribución Directa con una cuota muy inferior á la que les correspondería legalmente.

La inseguridad en que se hallan los poseedores de tierras, no prescriptas según el último inciso del art. 1155, impide á nuestra ganadería é incepiente agricultura seguir resueltamente los nuevos rumbos que le trazan las modernas condiciones económicas á que se encuentra sometido el País, el aumento de población, el incremento de la agricultura y la posible repetición de crísis industriales como la de que nos ha hecho víctimas recientemente el Imperio fronterizo, con medidas sanitarias (ó disfrazadas de tales) que adoptó para nuestras procedencias, y de las que no podemos considerarnos á cubierto en lo futuro, no obstante los esfuerzos que por conseguirlo hace el Gobierno y la reconocida competencia de la persona que á ese fin ha comisionado. ¿Quién osará sin título válido de propiedad, y expuesto á ser despojado un día ú

(1) Ley de 9 de Julio de 1852, y Decreto-Ley do 15 de Enero de 1867

otro, introducir en las tierras que posée las mejoras requeridas por un sistema adelantado de agricultura, ó seguir el ejemplo de la Confederación vecina y algunos de nuestros ganaderos progresistas, haciendo en los campos ocupados las construcciones y correcciones á la deficiente naturaleza que exijen el refinamiento de las razas ovinas, bovinas y caballares, y la necesidad de abrir nuevos mercados en países europeos, donde la ausencia del hombre esclavo demanda mejorar el artículo y variar su manufactura, presentándolo, no ya en forma de *charque*, alimento poco nutritivo y de aspecto desagradable, sinó en la adelantada que se emplea en escala importante en la aludida Confederación, y de una manera exclusiva en la ganadera Australia? ¿Quién, sin aquel título, empleará cuantiosas sumas en la obtención de *padres* destinados á la mejora de las crías, en construcción de los establos y galpones que el animal fino requiere, en los plantíos de pastos artificiales y en el aumento y profusión de aguadas, cuando las naturales son insuficientes ó mal repartidas?

Tales consideraciones, repito, atestiguan la urgencia de llevar á cima la obra, tantas veces proyectada, de mensura general (obra muy facilitada ya por las numerosas mensuras parciales de que tiene planos y noticia detallada la Dirección General de Obras Públicas, según disposición del Reglamento de Agrimensores en vigencia,) así como la promulgación de una Ley que fije definitivamente los derechos de los poseedores de tierras que esa mensura acredite ser fiscales.

36 — Ahora bien : ¿Qué sistema debe adoptar el legislador respecto de éstas ? ¿ El de la donación ? ¿ El de la enfiteusis ? ¿ El del arrendamiento ? ¿ La enajenación sin privilegio alguno para el ocupante ? ¿ La enajenación en condiciones favorables para el adquirente poseedor del bien?

La especialidad de esta tesis, que solamente «Principios Generales de la Prescripción " se propone por estudio, no nos permite abordar con amplitud ese vasto tema; pero bien que ello sea así, queremos al menos, emitir nuestra humilde opinión sobre cuestiones tan árduas como complejas, y dejar consignadas las disposiciones, — ya de carácter legislativo, ya administrativas simplemente, — que han regido ó rigen aún en la materia, y que en la consulta frecuente de Colecciones de leyes y decretos á que nuestra tarea diaria nos obliga, hemos tenido ocasión de conocer y entresacar de ese caos de resoluciones deficientes y sin concierto que tanto tiempo hace reclama codificación.

Sabido es que el sistema de las donaciones fué el que rigió de más antiguo en las colonias de Hispano-América; lo establecieron los reyes españoles en favor de los descubridores y pobladores de estas comarcas.

El enfitéutico se organizó definitivamente entre nosotros con posterioridad, cuando ya éramos pais independiente, por ley de 17 de Mayo de 1833, (1) que resolvió dar las tierras públicas en enfiteusis por el término de cinco años, mediante un canon anual del 2 % y privilegio para el caso de venta: ley derogada por el Gobierno Provisorio del General Flores, cuyos actos fueron aprobados legislativamente más tarde. (2)

El arrendamiento de las propiedades fiscales, si bien establecido por leyes españolas (Principalmente por las de Partidas, si mal no recordamos) no lo fué de una manera definitiva hasta el Decreto de 28 de Agosto de 1861, dictado por el Gobierno de don Bernardo Berro, é inspirado en la necesidad de arbitrar recursos, por cuyo decreto se mandaba comparecer dentro de un plazo de tres meses á todos los ocupantes de tierras públicas de los departamentos del interior, á fin de formalizar contrato de arrendamiento.

37. -- Por último, se ha abierto paso entre nosotros, aunque no sin contratiempos é intérvalos de suspensión, y alternativas con los régimenes de arrendamiento y enfiteusis, el sistema de la venta, que nos rije.

(1) En la República Argentina lo había sido algunos años antes: por ley del año 1826, según hemos podido ver en la obra de Avellaneda sobre tierras públicas. Las tierras fueron dadas en aquella por un lapso de tiempo mucho mayor que aquí: por veinte años.

(2) Resolución de la Asamblea de fecha 29 de Abril de 1868.

La ley de 17 de Marzo de 1831, la primera, ordenó la venta de los terrenos que pertenecieron al extinguido Cabildo de Montevideo, y el remate de las demás tierras públicas;—las de 30 de Abril de 1835 y 20 de Junio próximo siguiente derogaron la de enfiteusis ; — la de 9 de Julio de 1952 prohibió toda denuncia y enajenacion de tierras, afectándolas al pago de la Deuda y ordenando la mensura general: — la de 8 de Abril de 1857 reconoció propiedad á los poseedores de más de cuarenta años no interrumpidos ; — el decreto-ley de 15 de Enero de 1867, antes citado, restableció la prohibición de denuncias y enajenaciones de tierras fiscales; el de fecha 2 de Octubre del mismo año, derogó la anterior prohibición; fué ampliado en 11 de Setiembre del 68 y aclarada la ampliación el dia 22 del mismo mes y año.

Rije, pues, actualmente, en la República el sistema de enajenación.

38— Y es el mejor y más conveniente, á nuestro entender.

«Sóbranos tierra, fáltannos trabajo y capital,» afirmaba con razón el Dr. Avellaneda; y sus palabras son aplicables á la gran mayoría de las repúblicas americanas.

Adolecen el régimen enfitéutico y el del arrendamiento de todos los inconvenientes y defectos anexos á la inestabilidad : ni el arrendatario ni el enfiteuta, inseguros de su posesión, se atreven á

invertir sumas considerables en mejorar un bien que tal vez se vean precisados á abandonar el siguiente día. Podrán esos sistemas llenar las necesidades de un pueblo naciente, con industrias rurales rudimentarias y escasos habitantes, pero no las de un país adelantado ya, que aspira á multiplicar su población, dar impulso á su agricultura y modificar la forma primitiva y en alto grado deficiente de su ganadería.

En cuanto al régimen de la donación, fué sucesivamente adoptado y desechado, por inconveniente, en países que nos superan en años y experiencia: en Inglaterra, en Estados-Unidos, en el Brasil.

Como los dos anteriormente examinados, ha tenido su explicación en épocas remotas: cuando la donación no era gratuita y si remuneratoria: cuando se trataba de premiar el heroismo de los conquistadores y el trabajo y la constancia de los colonos.—La tiene también hoy en la República Argentina, que dona extensas zonas de tierra conquistada á los salvajes: no son verdaderas donaciones esas: las áreas recibidas las pagan los militares agraciados al precio de sus sacrificios y de su sangre.

El Dr. don Nicolás de Avellaneda, de cuya opinión es imposible prescindir al tratar esta materia, se expresaba así el año 1865:

«Las donaciones son remuneratorias cuando lle-
« van el sello de servicios hechos, cuando vienen

« á sancionar la ocupación del suelo heróicamente
« adquirido, costosamente conservado, para con-
« vertirse en un título de propiedad bajo el ampa-
« ro de las leyes. Las donaciones de esta especie
« no pueden dar asidero á la crítica con tal que se
« mantengan dentro de los límites que la prudencia,
« la conveniencia pública y la justicia misma se
« aunan para acordarles.» (1)

Los principales defectos de tal sistema, prescindiendo de esos casos excepcionales, consisten en no estimular la labor de las tierras (2), y en la dificultad de hacer un reparto equitativo,—es decir, de entregar aquellas precisamente á quienes las han menester y que las cultivarían: personas influyentes las acaparan siempre para revenderlas á precios exorbitantes á las que deberían recibirlas según la intención de la Ley. Inútilmente se ha pretendido evitar ese acaparamiento limitando el lote máximo que puede obtener un individuo: la interposición de personas salva siempre esa débil valla, y el abuso se produce.—Tales hechos se han presentado más de una vez entre nosotros con la partición de egidos, no precisamente donados siempre, pero sí

(1) «Tierras Públicas» por el Dr. D. Nicolás de Avellaneda, pág. 35.

(2) No hay mayor estímulo para el trabajo que un primer gasto hecho: quién recibió de favor un bien puede dejar que el tiempo complete la obra aumentando su valor; pero el que le compró, el que pagó su importe, se verá impulsado, en la generalidad de los casos, á utilizarlo y mejorarlo, á hacer productivo un capital fruto de trabajos y economías: se sentirá más vinculado que el primero con la tierra adquirida.

vendidos á precios insignificantes: ¡los adquirentes han sido con frecuencia los municipales encargados de la partición! (1)

Es, pues, indudablemente, la enagenación en venta de las tierras públicas, el mejor destino que puede darles el Estado. (2)

39 Sentado esto, tócanos resolver un último é importante problema: ¿deben ó nó gozar de preferencia y privilegio para la adquisición los ocupantes?

Respondemos que sí, sin vacilar.

La ocupación y el trabajo no fundan la propiedad, pero son circunstancias dignas de todo respeto, cuando la utilidad general no manda desconocerlas: no carecen de explicación, en absoluto, las teorías de Grocio y los economistas.

Así lo han reconocido unánimemente los autores.

Así lo han reconocido, procediendo en consecuencia, países como los Estados-Unidos del Norte é Inglaterra.

Así debemos reconocerlo nosotros también, y con ello ajustaremos nuestra conducta á una tradi-

(1) De ello han sido acusados recientemente los miembros de cierta Comisión Auxiliar de campaña, por uno saliente.—Para esclarecimiento del hecho ha ordenado el Gobierno la instrucción de un sumario á la Junta Económica respectiva.

(2) Podemos apoyar nuestra opinión en la del ilustrado catedrático de Economia Política y Derecho Administrativo de nuestra Universidad, doctor don Cárlos Maria de Pena.

ción establecida de muy antiguo en estos países de América; en efecto: ya una real cédula de 1754 reconocía por propietarios á los poseedores de tierras que lo fuesen desde el año 1700, y una ley anterior de Felipe II prohibía á los jueces la admisión de toda denuncia que no procediera de los ocupantes.—Excusamos recordar todas las leyes y decretos posteriores, ya citados, que han amparado al poseedor, entre nosotros.

40 En resumen, son nuestras opiniones sobre la materia las siguientes:

1ª. Débese, en cumplimiento de la disposición legal que comentamos, fijar un término de posesión que confiera propiedad de las tierras públicas, sin requerirse para ello justo título ni buena fé (ese plazo podría, equitativamente, ser de cincuenta años, ó sean veinte más de los necesarios para prescribir inmuebles entre particulares, en iguales condiciones).

2ª. *Previa mensura general*, debe llamarse á los ocupantes de tierras públicas, no prescriptas con arreglo á la precedente disposición, ni de conformidad con los Art. 1.º y 2.º de la Ley de 27 de Abril de 1835, y Decretos de 5 de Setiembre de 1856 y 19 de Enero de 1869 (sobras de terrenos adquiridos por enajenación del Fisco, sujetas á la prescripción del Art. 1655 del C. C.) para que consoliden su derecho efectuando la compra al Fisco.

3°. Conviene fijar un precio bajo, aunque no vil, á las tierras (1).

4°. Conviene, así mismo, acordar plazos cómodos para el pago. (2)

5°. Debe la Ley Agraria á dictarse tener en cuenta el tiempo de posesión, estableciendo que el *quantum* de la cuota de abono para el poseedor sea inversamente proporcional al tiempo que su ocupación haya durado; (3) de tal manera que quien haya poseído 30 años una legua de campo tenga que abonar por su adquisición la mitad ó la tercera parte (por ejemplo) de lo que pague quien solo la poseyó durante 20 ó 10.

6°. Deben destinarse á colonias las tierras fiscales no adquiridas por los ocupantes, cuando así lo permita su situación y área, y cuando nó, enajenarse inmediatamente (4),—en uno y otro caso con

(1) «El precio que se fije á las tierras públicas no debe ser tan oneroso que «debilite el capital del pobre que se dedique á trabajarlas, ni tan mínimo que «estimule poderosamente la especulación del que compra para revender». Estas palabras de un economista inglés dan al legislador el criterio que deberá guiarlo en la tasación.

(2) Sabido es que en general agricultores y ganaderos no disponen de capital numerario en abundancia; obligarlos al pago inmediato sería imponerles la enagenación ó gravamen. En la falta de plazos acordados con liberalidad se encuentra, tal vez, la explicacion de porqué han sido ineficaces entre nosotros los emplazamientos hechos antes de ahora á los poseedores de tierras públicas.

(3) Esta prudente base adoptó el Dr. D. Joaquin Requena y García, para el proyecto de ley presentado al Cuerpo Legislativo en su carácter de diputado, en el año 1873.

(4) «Los países abundantes en baldios han sido siempre despoblados y pobres» (Gaspar de Jovellanos---Informe sobre la ley agraria---pag. 30).

arreglo á los principios anteriormente sentados: tasación baja y plazos cómodos para el pago.

Tales son las condiciones á que debe sujetarse, según nuestro entender, una buena ley agraria.

1194

ART. ~~1155~~ (CONCLUSIÓN

Leyes Abril 30 1885 art 11, Mayo 1869 art 7° Mayo 1909 art 2° Decretos Setiembre 18 Enero 1869

El poseedor actual de un campo ú otro terreno, que ha poseído por sí ó por sus causantes desde el año 1795 inclusive, constando de esa posesión por documento público ó auténtico, estará, en todos los casos, al abrigo de las pretensiones del Fisco.

SUMARIO

41. Fundamento de la disposición.
42. ¿Basta á sus efectos la «mera tenencia»?--Opinión afirmativa de un antiguo catedrático de esta Universidad.--Su error.

41—Las mismas razones que fundan la prescripción, en general,—las mismas que han llevado al legislador á declarar prescriptibles las tierras públicas al igual de las particulares, y á anunciar una ley que regularía los requisitos necesarios para ello,—las que nos han inducido, en fin, á sostener que deben considerarse salidas del dominio fiscal todas aquellas ocupadas privadamente durante cincuenta años,—influyeron en el ánimo del autor del Código y del Gobierno que le prestó apoyo y sanción, en 1868, para declarar patrimonio

particular todo bien poseído desde el 95, es decir, desde 70 años atrás; indicar nuevamente esas razones sería incurrir en repetición estéril.

42—¿Exige, realmente, *posesión* la disposición que comentamos? ¿basta, por el contrario, á sus fines la *mera tenencia*, la posesión precaria?

A un ilustrado abogado de nuestro foro, catedrático que fué de Derecho Civil en esta Universidad, hemos oído sostener la tesis de que debe leerse *mera tenencia* allí donde el legislador escribió posesión.

Hé aquí el razonamiento que aquél hacía:—«Si se tratara, en efecto, de una posesión verdadera, no se concebiría en el artículo que comentamos la cláusula siguiente: *constando de dicha posesión por documento público ó auténtico*: O ese documento público es un título traslativo de dominio emanado del Fisco, ó no lo es; del primer caso no trata la ley, pues la propiedad pertenece en él al poseedor, no por el lapso de tiempo transcurrido, sino por el mismo título; del segundo se trata, pues, —de un título *no* traslativo de dominio. Y como éste nunca puede acreditar *posesión*, pues el individuo que lo presenta ha poseído precariamente, á nombre de otro, (del Fisco), dedúcese que en el supuesto de la ley no existiría otra cosa que mera tenencia, y que solamente mera tenencia es exigida al ocupante de un campo fiscal desde el año 1795».

Confesamos que la tesis, con su aparente sencillez, nos sedujo en un principio, y que la hemos sostenido convencidos durante largo tiempo; pero con el trascurso de éste, hemos llegado á comprender que no resiste á una severa crítica.

En efecto: es falso, ante todo, que la posesión, verdadera posesión, solo pueda probarse por título traslativo de dominio emanado del Fisco: ¿no es documento público el de una partición entre herederos legalmente hecha, y no acredita posesión aunque el causante no fuera propietario legítimo de la tierra dividida? ¿no es documento público y no acredita posesión en el arrendador, el contrato de arrendamiento otorgado ante escribano? ¿no acredita también *animus domini* en ambos otorgantes el de compra-venta celebrado en iguales condiciones? Y, para terminar con estos ejemplos susceptibles de multiplicarse hasta lo infinito ¿no es, acaso, instrumento público el certificado de la Oficina de Contribución Directa que prueba que en el año 94 ó 95 (si es que existía entonces entre nosotros ese impuesto), pagóla A ó B como propietario de una tierra que más tarde ha resultado fiscal? Pues bien: pueden perfectamente presentarse todos esos y otros muchos documentos probatorios de la posesión, en que el Fisco no ha tenido intervención alguna, y, por tanto, nada impracticables la aplicación extricta de la disposición en estudio, nada de imposible probar por instrumento público que no

sea título traslativo de dominio emanado del Fisco, la posesión, simple hecho, independiente del derecho aquél con frecuencia.

Siendo ello así, no se alcanza razón alguna para desatender el tenor literal, claro, de la Ley, á pretexto de consultar un supuesto espíritu (Art. 17 del Cód.); ni para sostener la anomalía jurídica de que un individuo que ha estado durante largos años reconociendo en otro la propiedad del campo que ocupa, puede de la noche á la mañana tornarse en su dueño por el trascurso del tiempo, ¡tal vez al día siguiente de pagar á su antecesor (al Fisco) la anualidad ó mensualidad pactada en el arrendamiento!

Atenémonos, pues, á la letra de la Ley, y creemos que si ella ha exigido instrumento público es en atención á la dificultad y deficiencia de otra prueba tratándose de época tan remota (de 73 años atrás en la fecha de promulgarse el Código, y de 92 años, casi un siglo, en la actualidad).

1195

ARTÍCULO 1156

646 633 634

Lo dispuesto en los artículos 608, 615 y 616 rije igualmente en materia de prescripción. Art 633

SUMARIO

43. Explicación del artículo y sus referencias.

43. El Código legisla en este artículo para la prescripción adquisitiva.

Dice el ~~608~~ 646:—«*La posesión es la tenencia de una cosa ó el goce de un derecho por nosotros mismos con ánimo de dueños ó por otro en nombre nuestro*». (1)

Esta definición es, como se ve, compleja. Nuestro Código, siguiendo las huellas del francés, ha tomado del derecho romano la teoría según la cual sólo la propiedad de los bienes es corporal; los desmembramientos de ella: las servidumbres, el uso, el usufructo, son incorporales: no se posee el bien, sino el derecho. (Cap. I, Tít. I del libro II). El goce de éste, que no se consideraba en derecho romano posesión, surtía los efectos de ella, y cuasi-posesión era su nombre.

La ley, con ó sinrazón, ha seguido esta ilógica clasificación, y es una de sus aplicaciones el

---

[1] Cód. Arg. Art. 1.º Lib. 3.º Tít. 2.º···Cód. Chil. Art. 700, Inc. 1,º··· Leg. ant. L. 12, tít. 30, Part. 3.ª y la L. 12···Proyecto del Dr. Acevedo, Artículos 570 y 571···Cód. Ital. Art. 685···Cód. Fr. Art. 2228.

artículo 608.—Al decir: *«la tenencia de una cosa»*, se refiere á la posesión de las cosas corporales, ó, lo que es lo mismo, del derecho de propiedad; en cuanto á sus desmembramientos (uso, usufructo, etc.), siguiendo la teoría apuntada, la ley los considera incorporales, y habla, no ya de su *tenencia*, sino del *goce* de los respectivos derechos.

Pero la tenencia puede cualquiera efectuarla, no solamente *por sí mismo*, sino también por medio de *otro á su nombre*; los que por él poseen son considerados como sus representantes, sus instrumentos, pues no lo hacen como él *con ánimo de dueño*, ANIMO DOMINI.

Es consecuencia de ésto el art. 615, en que se dice :

«Se llama MERA TENENCIA *la del arrendatario, secuestre, comodatario, acreedor prendario y demás que tienen una cosa en lugar y á nombre de otro.—La posesión es de la persona de quién la cosa tienen.»* (1)

Todos aquellos *poseen* materialmente, en el sentido de que se sirven de la cosa, teniéndola en su poder, pero lo hacen de una manera precaria, en nombre de otro, respetando su derecho, y la Ley les reconoce sólo la mera tenencia.

Usando la apropiada, aunque paradojal frase de Ulpiano: *Sunt in possesione, sed non possident.*

(1) Cód. Arg. art. 2°, lib. 3°, tít. 2°.--Cód, Chil. art. 714, inc 1°.--Proy del Dr. Acevedo, art. 577,--Leg. ant, LL.22. tít. 29 y 5 tít. 30, Part. 3ª.--Cód. Fr. art. 2236.

Dice por último, el 616 :

El que ha empezado á tener la cosa como poseedor, se presume que continúa en el mismo concepto, miéntras no se pruebe lo contrario.

El que ha empezado por la mera tenencia de la cosa, se presume continuar como mero tenedor hasta la prueba contraria.

Si álguien prueba haber poseido anteriormente y poseer actualmente, se presume la posesión en el tiempo intermedio, sin perjuicio de la prueba contraria. (1)

No podía ser de otro modo. ¿Cómo, racionalmente, exigir á un individuo que pruebe su posesión durante un lapso de tiempo que puede pasar de 30 años, en cada día y en cada momento de esos 30 años? ¿Cómo exigir de quien prueba que otro comenzó á poseer sin ánimo de dueño, que constate igualmente que esa mera tenencia conservó siempre tal carácter?

Esas pruebas serían de todo punto imposibles.

El artículo que comentamos no requiere explicación; la disposición que él consigna se justifica por el absurdo de lo contrario.

(1) Cód. Arg. art. 3°, lib. 3°, tít. 2°,—Cód. Chil. art. 719—Cod. Fr, arts 2230, 2231 y 2234--Proy. del Dr. Acevedo. arts. 578, 1258 y 1260--Leg ant. Ley 28, tít. 2, Part. 3ª y L. 10 tít. 14. Pág, 3ª, —Cód. Ital. arts. 687 y 691.

1196

APTÍCULO 1157

«Para poder prescribir los bienes inmuebles, se necesita una posesión continua y no interrumpida, pacífica, pública, no equívoca y en concepto de propietario. (1) Art 649 inc 3, y 1233

SUMARIO

44. Requisitos que debe llenar la posesión.--Explicación de Dunod y Proudhon: su deficiencia.
45. "Continua". ¿Cuándo es tal la posesión? Error de Dunod.--Definiciones de Mourlon y Marcadé.
46. "No interrumpida". Dos géneros de interrupción. Diferencia entre ésta y la discontinuidad.
47. "Pacífica". Interpretación acertada de Troplong, opuesta á la de los señores Aubry y Rau.
48. "Pública". Código Chileno. ¿Porqué es viciosa la clandestina?
49. "No equívoca". Explicación de Laurent.
50. En concepto de propietario.

44 Estas condiciones, en opinión de Dunod, son exigidas con el objeto de que el verdadero propietario, cuya inacción es uno de los elementos esenciales en la prescripción, sea advertido del peligro que corre su derecho.

Es preciso, dice Proudhón, de acuerdo con el autor que acabamos de citar, es preciso que el verdadero dueño del fundo sepa que un tercero ocupa

(1) Cód. Arg. arts. 14, 19 y 20, tít. 2.°, lib. 3.° y 52 L. 4.° Sec. 3.ª tít. 1.°—Cód. Chil. 709 y 713--Leg ant. L. L. 9 y 29 tít. 29--Part. 3.ª--1 y 3 tít. 15 lib. 4.° Rec. Cast.--Proyecto del Dr. Acevedo Arst. 1257 y 576--Cód. Ital. Art. 686--Cód. Fr. Art. 2229.

su heredad, y que la ocupa con intención de disputarle su dominio; se hace necesario, pues, que la posesión sea tal que ponga en mora de obrar al propietario.

Esta explicación nos satisface, excepto por lo que respecta á las condiciones de *pacífica* y no interrumpida. En efecto, estas no tienen por móvil advertir al propietario, sino poner á salvo su derecho en aquellos casos en que no se le puede imputar inacción.

Estudiemos detenidamente esos requisitos que la ley exige, con carácter de esenciales, para prescribir inmuebles.

Ellos sólo atañen á las prescripción adquisitiva, única fundada en la posesión.

45. Continua. — El que comienza á poseer un bien ajeno, podía dejar transcurrir largos lapsos de tiempo sin ejecutar en él actos de propietario, de tal manera, que ni el público ni el dueño de la heredad tuviesen conocimiento de la posesión; en esas condiciones, la prescripción hubiera sido sumamente fácil, y se hubiera operado en perjuicio del propietario, sin que pudiese reprochársele su inacción. Es por ello que la ley exije continuidad al ocupante.

¿Cuándo tiene tal carácter la posesión? Hé ahí una cuestión imposible de resolverse á *priori*: ella es meramente de hecho. Sería absurdo establecer de antemano reglas fijas, como lo hace Dunod,

reproduciendo las distinciones de los antiguos autores. Los intérvalos de tiempo necesarios para la discontinuidad pueden ser más ó menos extensos, según se trate de uno á otro bien,—de un bosque destinado al corte de maderas, ó de un campo sembrado.

Sólo puede definirse la posesión continua, aunque vagamente, en la siguiente forma: entiéndese por posesión continua, *el goce ó el ejercicio* REGULAR *de una cosa ó de un derecho*. (Mourlon).

Tal definición equivale á esta otra de Marcadé: es posesión continua, *la que constituye el goce regular y normal de la cosa*.

46. *No interrumpida* — La interrupción puede ser tanto natural como civil.—Cuando se pierde la posesión por entrar en ella otra persona, y no se la recupera judicialmente dentro del plazo de un año, la prescripción se dice naturalmente interrumpida (Artículo 1194, inciso 2°. (1) Hay interrupción civil, por ejemplo, en el caso de ser judicialmente emplazado el poseedor (Artículo 1196). Ya sea civil, ya naturalmente interrumpida la posesión, ella que-

(1) Y no citamos como ejemplo de interrupción el otro que presenta el Art. 1194 por efecto de un error inexplicable de nuestra ley. Dice el primer inciso de dicho artículo que la posesión se interrumpe naturalmente cuando sin pasar el bien á otras manos se hace imposible el ejercicio de los actos posesorios, como en el caso de una heredad inundada, y agrega que en él «*la interrupción no produce otro efecto que el de descontarse su duración.*—Se trata, pues, de un ejemplo de prescripción *suspendida*, no *interrumpida* [Art. 1205].

da completamente anulada en cuanto al pasado; se considera inexistente toda posesión anterior.

Aunque á primera vista parece que la discontinuidad y la interrupción forman un solo é idéntico carácter, no es así en realidad.—Ambas cualidades tienen, á no dudarlo, numerosos puntos de contacto; se diferencian entre sí, no obstante.—El carácter de inexistencia de la posesión interrumpida, á que aludí, es una de las circunstancias que las distinguen. La posesión discontínua es intermitente, irregular, viciada, pero existe; la posesión interrumpida, nó; parangonándolas, ha dicho Marcadé « la discontinuidad es una enfermedad de la pose- « sión, mientras que la interrupción es su muerte.» Otro carácter distintivo de ambas, es el siguiente: —la interrupción, como acabamos de ver, puede ser civil ó natural; por el contrario, sólo este último carácter puede tener la discontinuidad, en el sentido de que ella consiste siempre en una abstención del propietario.

47. *Pacífica*.—La posesión pierde este carácter, según el sistema que he adoptado, en aquellos casos en que es á menudo turbada por vías de hecho del propietario. «Una posesión,» dice Troplong, « que no puede defenderse sino con las armas en « la mano, que no continúa sino por la superiori- «dad de las fuerzas, no es una posesión pacífica.» Como se vé, esa cualidad se diferencia de la no interrupción, pues ésta nunca resulta de tentativas

de hecho del propietario: toda persecución interruptiva de la posesión debe ser hecha judicialmente.

Tal interpretación de la palabra pacífica, ha sido adoptada por la gran mayoría de los jurisconsultos. Los señores Aubry y Rau, sin embargo, opinan que la posesión es pacífica por el solo hecho de haber sido adquirida sin violencia, y que conserva tal carácter, aún cuando reiteradamente haya pretendido el propietario privar de la posesión al que la tiene.

Las razones en que se apoyan son de peso en teoría. ¿Acaso, argumentan ellos, no aparece más claro el *animus domini* en el poseedor que rechaza con la fuerza los ataques con que se pretende turbarle en el goce de la cosa? ¡Pues qué! ¿Porqué el propietario, en vez de recurrir á la Ley como era su deber, haya intentado hacerse justicia por su propia mano, será privado el poseedor del beneficio de le prescripción, él, que usa de un legítimo derecho al rechazar la fuerza con la fuerza? ¿Qué razón hay para protejer menos á este poseedor que á aquel que gozó pacíficamente del bien?

Estas razones son de peso y las reconozco fundadas, pero sólo como dije, en teoría. Las palabras tienen una acepción convencional, y la palabra *pacífica* ha sido interpretada siempre en el sentido que antes indiqué, no pudiendo, por tanto,

suponerse que la han empleado en otro los Códigos francés y nuestro.

Por otra parte, en la teoría de los señores Aubry y Rau, no tendría razón de ser el artículo 1159, según el cual «los actos de violencia tampoco pueden servir de fundamento para la posesión ni «prescripción, no principiando la posesión útil «hasta que ha cesado la violencia.» ¿Con qué fin habría consignado el legislador una misma disposición en dos distintos artículos?

48. PÚBLICA. Ante todo: ¿qué es posesión *clandestina*? Según la acertada disposición del Código Chileno, es tal «la que se ejerce ocultándola á los que tienen derecho para oponerse á ella.» (1) Esta definición, según D. Jacinto Chacon, el ilustrado comentador de dicho Código, ha sido inspirada en el siguiente texto romano: Clam possidere eum, dicimus, qui furtive ingressus est possessionem ignorante eo quem sibi controversiam facturum suspicabitur, et ne facebat, timebat (L. 6 ff, Cód. tit.) (2)

¿Por qué no dá título hábil para prescribir la posesión clandestina?

Dos soluciones ha recibido esta pregunta, distintas en apariencia, y pretendiendo respectivamente contrariarse; paréceme, no obstante, que

(1) Art. 773, C. C. Chileno.

(2) «Exposición razonada y estudio comparativo del Código Civil Chileno,» por D. Jacinto Chacon. (tom. 2°, pág. 192)

ambas constituyen en realidad una sola, y que, muy lejos de combatirse, se concilian, se armonizan y se complementan

La posesión clandestina repútase no conocida del propietario. Ahora bien, siendo la inacción de éste, requisito *sine qua non* para poder prescribir, nadie osaría arrojar sobre él las consecuencias de esa inacción, proveniente del proceder artero del usurpador: no le es imputable; no ha obrado porque ignoraba, siendo su ignorancia de todo punto justificable. *Contra non valentem agere non currit prescriptio.*

Empero, esta sola razón no es suficiente; si no existiera otra, imposible fuera explicar porqué no puede alegar su propia ignorancia el individuo que, á pesar de la publicidad de la posesión, no ha tenido conocimiento de ella.

Hay otra, en efecto. A la pregunta de por qué la posesión debe ser pública, responde Dunod: «Porque ella debe ser tal como acostumbran ejercerla los dueños que hacen uso de sus bienes.» Tal es la segunda solución que indicábamos.

«La prescripción está establecida en favor del poseedor para consolidar su posesión; necesario es, pues, que ésta implique la idea de un derecho; ahora bien, el propietario no se oculta para disfrutar de la cosa, obra como es costumbre hacerlo, y la posesión, consistiendo en actos externos, es pública por su naturaleza; hé aquí, pues, por qué el

dueño goza públicamente. Algo idéntico debe ejecutar el poseedor. Desde que su posesión tiene este carácter de publicidad, él puede invocarla contra el propietario, aún cuando éste no la hubiera conocido.... debe soportar las consecuencias de su negligencia (1)

49. *No equívoca* — Dan generalmente los autores á este requisito una interpretación, con la cual, siguiendo el parecer de Laurent, no estoy de acuerdo.

Creen aquéllos que es esta condición un complemento de las otras; que con ella la ley exije que esas sean evidentes, que no haya duda, error posible, sobre su existencia; en otros términos, que las palabras *no equívoca* se refieren únicamente á la prueba.

Haré notar, por de pronto, que el texto de la ley no permite asignar tal rol secundario á esta condición; la ley la impone á la par de las otras y la coloca en la misma línea, con independencia de ellas. Por otra parte, á prevalecer dicha interpretación, forzoso sería reconocer que el legislador se ha entretenido en consignar una disposición inútil, sin objeto alguno. En efecto, harto sabría el juez, sin que el Código lo recordara especialmente, que no debía basar su sentencia en fundamentos dudosos, equívocos. Esto es confundir los caracteres de la posesión con la prueba de su existencia.

(1) Laurent, Obra citada- Tomo XXXII, página 297.

Otro significado debe darse, según entiendo, á la cláusula *no equívoca*.—Esta se refiere á la posesión que lo es por su naturaleza, tal como la que tiene el comunero. En la mayor parte de los casos, no será posible afirmar con certeza si este ha poseído por sí ó en nombre de sus co-propietarios; la posesión será *equívoca*, en el sentido de que no se sabrá si sus actos responden al *animus domini*, ó son tan sólo ejecutados en su calidad de comunero.

50 En concepto de propietario—Nuestro Código ha procedido acertadamente al reemplazar con estas palabras las *«á título de propietario»* de la legislación francesa; en efecto, ellas no exigen en realidad título alguno, pues se refieren tan sólo á la intención del que posee.

Claro está que la posesión precaria no podia servir de título para prescribir; el ánimo de dueño es la condición esencial. La posesión debe al menos acusar pretensiones á un derecho; la ley, por consideraciones que hemos expuesto, la consolida, pero es, ante todo, á condición de existir, á condición de que quien posee haya obrado como si realmente lo hiciera en virtud de un título legal de propiedad. Y no posee como tal dueño, quien lo hace precariamente, esto es, por otro, y reconociendo los derechos de éste; son ejemplos de ello: el arrendatario, el secuestre, el comodatario, etc. (Arts. 615 y 1160),

ARTÍCULO ~~1158~~ 1197

La omisión de actos de mera facultad y la tolerancia de actos de que no resulta gravamen, no confieren posesión, ni dan fundamento á prescripción alguna.

Se llaman actos de mera facultad los que cada cual puede ejecutar en lo suyo, sin necesidad del consentimiento de otro (1).

SUMARIO

51 ¿Qué son actos de mera facultad? Paralelo entre el artículo 1158 y el correspondiente de la legislación francesa. Definiciones de Laurent, D'Argentré, Dunod y Mourlon.
52 Aplicaciones. Art. 2499 del Código Chileno.
53 "Actos de mera tolerancia: continuación del mismo artículo.

51 ¿Qué debe entenderse por actos de mera facultad?—Consistiendo, como consisten, todos los derechos individuales en la *facultad* de obrar ó de no obrar, ¿cuales son los signos distintivos entre las facultades prescriptibles y las imprescriptibles?

Cuestiones son éstas que han hecho pensar á los mejores comentadores del Código Francés, dado márgen á innúmeras teorías, agrupado en torno suyo múltiples abstracciones, fundadas en principios absolutos más ó menos indemostrables; ¿qué se ha

(1) Cod. Chil. Art. 2499—Leg. Rom. L. 41 D. de adq. posses.—Proyecto del Dr. Acevedo. 1259. —No hemos encontrado esta disposicion en el Cod. Argentino.—Cod. Fr. Art. 2232.

logrado en definitiva? poco, bien poco debe ser cuando un excelente jurisconsulto termina su estudio de este punto confesando paladinamente que, no obstante haber buscado largo tiempo la fórmula que sirva á resolver toda duda, no ha encontrado ninguna plenamente satisfactoria.

Sólo citaré aquí el sistema de Laurent, quien ha adoptado el de Argentré, reproducido por Dunod. Según este sistema, lo que caracteriza á las *facultades* es que ellas no suponen un derecho propio de quien las posee, sino que forman un dominio común del cual todo el mundo participa; tienen sus fuentes en la naturaleza humana, aún cuando á veces la consagra la ley.

Confieso que, después de leer con detención suma los elocuentes párrafos en que Laurent pretende solucionar la cuestión planteada, quedé no más edificado que antes sobre lo que entenderse debe por *actos de mera facultad*. ¡Que son aquellos que tienen su fundamento en la naturaleza humana! Concedido; no estamos más avanzados con esto. ¿En qué carácter exterior, visible, se distinguen de los convencionales? Esta pregunta no tiene respuesta que satisfaga.

La definición más aceptable de dichos actos que he encontrado, aunque peca forzosamente algo por vaga, la consigna nuestro Código, el cual salva de este modo (y en ello ha imitado el acierto del Chileno) algunos de los inconvenientes á que deja lugar el vacío que existe en la legislación francesa.

Esta definición, análoga á la de Mourlón, en el fondo, dice así: «Se llaman actos de mera facultad « á los que cada cual puede ejecutar en lo suyo, sin « necesidad del consentimiento de otro.»

52 Demos aplicación al principio: Según el artículo 555, puede todo propietario cercar su terreno, sin perjuicio, según es natural, de las servidumbres constituidas á favor de otros predios.—Supongamos que un propietario no hace uso durante 40 años del derecho que tiene de cercar su inmueble: ¿podría el propietario colindante oponerse á que aquél lo cerrara, fundado, tan sólo, en que había adquirido por prescripción el derecho de impedirlo?—Indudablemente, nó: el cerramiento de un campo es un acto de *mera facultad, un acto que cada cual puede ejecutar en lo suyo sin necesidad del consentimiento de otro*, y cuya falta de ejercicio, por consiguiente no ha conferido posesión al vecino, ni le ha dado fundamento alguno para alegar prescripción.

Así, dice por vía de ejemplo, el artículo respectivo del Código Chileno: «el que durante muchos años dejó de edificar en un terreno suyo, no por eso confiere á su vecino el derecho de impedirle que edifique.» Justo es reconocer que en nada hubiera perjudicado, y sí favorecido en mucho, la buena inteligencia de la ley oriental el que ésta hubiese, siguiendo el ejemplo de la Chilena, ilus-

trado con algunas aplicaciones la definición que adoptó.

53 La legislación francesa, así como designa á una especie con el nombre de *actos de mera facultad*, califica la otra con el de ACTOS DE MERA TOLERANCIA, sin definirlos también.

Aunque en la aplicación del artículo no se han suscitado importantes controversías entre los comentadores sobre la comprensión de estas últimas palabras, nuestro Código, á mi ver, ha procedido acertadamente al rechazar el nombre dado por aquella legislación extranjera á esta clase de actos, definiendo en cambio lo que por tal expresión debe entenderse. *La mera tolerancia de actos de que no resulta gravamen*, dice nuestra ley, interpretando las palabras *actos de mera tolerancia* de la francesa, acorde con la opinión de Dunod y los más distinguidos jurisconsultos; en otros términos, la ley se refiere á ciertos actos que se ejecutan con el beneplácito de tercero, que no renuncia el derecho de hacerlos cesar á voluntad.

Este principio justifica la disposición del artículo 595 en lo que á las servidumbres discontínuas atañe. Según él, ni aún la posesión inmemorial basta para prescribir una servidumbre de esa especie; tratándose de ésta, atribuye la ley al propietario un permiso tácito acordado en atención á dos poderosísimas razones, cuales son: 1.ª el poco perjuicio acarreado por actos que se llevan á cabo con

intérvalos de tiempo más ó menos extensos; 2.ª la buena armonía y cordiales relaciones que deben mediar entre vecinos.

«Del mismo modo,» siempre por vía de ejemplo, agrega el artículo 2499 del Código Chileno, «el que tolera que el ganado de su vecino transite por sus tierras eriales ó paste en ellas, no por eso se impone la servidumbre de este tránsito ó pasto.»

ARTÍCULO ~~1159~~ 1498

Los actos de violencia tampoco pueden servir de fundamento para la posesión ni prescripción. La posesión útil no principia hasta que ha cesado la violencia.» (1) Art 552

SUMARIO

54. Fnndamento, según D. Jacinto Chacon. Dos especies de violencia.
55. Teorías romana y moderna sobre la violencia; bondad de la última.
56. No tiene ésta los inconvenientes apuntados por Laurent.

«Como que la violencia entraña un germen de disolución social» dice D. Jacinto Chacon en su

(1) Cód. Arg. art. 13, Lib. IV, Sec. III tít. 1°,—Cód. Chil. No hemos encontrado en él esta disposición; pero los arts. 709, 710 y 712, declaran viciosa (como el nuestro en los 612, 316 y 614) la posesión violenta, Cód. Fr. art 2233,—Leg. ant. y rom, L. I, tít. 8, lib. 11, Nov. Rec, L. 4, tít. 29; Part. 3ª L. 7, tít. 32, Lib. 7, Cód.--Rom. Código de Italia, art 2106,--Proyecto del Dr., Acevedo, art. 1259 inc. 2°.

«Exposición Razonada del Cód. Civil Chileno,» «la ley privilegia al que ha sido violentamente desposeído,» Justifícase, además, la disposición legal por la inculpabilidad del despojado al no reclamar judicialmente del despojo: por esa razón, así que cesa la violencia, comienza á correr contra él, la prescripción.

54. Existen dos géneros distintos de violencia: la física y la moral.

Aplicando, por analogía, las definiciones que de ámbos da el artículo 233, tratándolas como vicio del consentimiento en los contratos, juzgaremos existir violencia física cuando se empleare para adquirir la posesión «una fuerza física irresistible,» y moral cuando se inspire al desposeído «el temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona ó bienes, ó de su cónyuje, descendiente ó ascendientes legítimos ó ilegítimos.»

55. En derecho romano, la violencia anulaba la posesión, no sólo en tanto que ella duraba, sino de una manera perenne; más aún, los sucesores á título universal ó particular de quién comenzara á poseer violentamente, jamás podían prescribir. Debido á esto, sin duda, los modernos legisladores han sentido la necesidad de explicarse formalmente sobre el particular, temerosos de que se supusiera adoptaban la teoría romana.

¿Cuál de ambas es más justa? La antigua, en opinión de Laurent. Funda éste tal creencia en el

aserto, indudablemente inconcuso, de que reposando la sociedad sobre el respeto que deben sus miembros al ajeno derecho, la legislación se vé obligada á rendir tributo á éste, y estigmatizar la fuerza.

Considera este autor al sistema moderno, «un estímulo imprudentemente acordado á la fuerza,» pues quién de esta hace uso abriga la esperanza de que, cesando la violencia, podrá su ilegal empresa, con ayuda del tiempo, verse consagrada por la ley.

Paréceme que Laurent, en su laudable indignación contra la que él llama «mortal enemiga del derecho,» no ha meditado suficientemente las ineludibles consecuencias á que conduciría la doctrina que acepta. Reaparecerían, si ella fuera establecida con carácter legal, las reclamaciones de bienes fundadas en antiquísimos títulos, con perjuicio de esas seguridades en la propiedad que él mismo considera indispensables para el mantenimiento del orden social.

Ella sería, además, en muchos casos, contraria á la equidad. Supongamos que, de buena fé, compra un tercero al poseedor, el bien violentamente adquirido; si el verdadero propietario, aún teniendo conocimiento de este traspaso de posesión y habiendo cesado por completo la violencia, permanece inactivo, no reclama su dominio, durante 30 ó 40 años, ¿sería justo, pregunto, que si

más tarde lo hiciere, se le entregara el bien, fundando tal entrega en el vicio que infectó la posesión primitiva? Esa restitución sería á todas luces inicua; no hay razón alguna para respetar mayormente la inacción de este individuo, que la del que ha sido desposeído de su propiedad sin el empleo de la fuerza; no ha obrado porque no ha querido hacerlo.

56. Por lo demás, la teoría moderna no trae aparejadas consecuencias de temerse; el estímulo á que alude Laurent, si existe, es en verdad muy débil Bastarán en la mayoría de los casos las sanciones penales para detener al que pretende apoderarse de un inmueble ajeno, *velis nolis*. Si estas sanciones no bastan, contendralo, á no dudarlo, la consideración de que no está en los hábitos del propietario dejar gozar á otro tranquilamente del bien que le ha sido arrancado, no ya aprovechando su ignorancia ó descuido, sino contra su más terminante y decidida voluntad.

1199 y 1200

ARTÍCULOS ~~1160 Y 1161~~

El que tiene la cosa en lugar ó á nombre de otro y sus herederos, no pueden jamás prescribirla, á menos que se haya mudado su mera tenencia en posesión, sea por causa procedente de un tercero ó por la oposición que ellos mismos hayan hecho al derecho del propietario, poseyendo en adelante con las condiciones requeridas por el artículo ~~1157~~. 1196, Art 648

art 1200 *La persona á quien el mero tenedor de la cosa, la hubiera trasmitido por título traslativo de propiedad, podrá prescribirla.* (1)

SUMARIO

57 Explicación de los arts. 1160 y 1161.
58 Rigor excesivo para el heredero.
59 Observación de Dunod al respecto.
60 Modos diversos de tornar en posesión la mera tenencia.
61 Por causa procedente de tercero.
62 La adquisición debe ser seria.
63 Ultima parte del art. 1160: correctivo al fraude.
64 ¿Es indispensable la notificación al propietario? Vazeille.
65 Oposición al derecho de aquél.
66 Distinción consignada en el art. 1161 — Es lógica, pero no equitativa

57. Son estos artículos la aplicación de un principio jurídico que se formula así: no se puede prescribir contra el propio título; nadie puede cam-

---

(1) Cod. Chileno, Art. 719 -- Cod. Arg. Art 3°, lib. 3°, tit 2° -- Proyect del Cod del Dr. Acevedo, Arts 1262, 1263 y 1264-- Cod. Fr. Art. 2236, 2237, 2238 y 2239, --- Cod. Italiano Art. 2115, 2116, 2117 -- Leg. ant. L L D 4, tit 15, lib, 4, R C. -- 22. tit 29 Part. 3a. y 5, tit 30 ead. Part.

biar por si mismo la causa y el principio de la posesión. (1)

Ya hemos indicado anteriormente lo que debe entenderse por poseedor precario (la acepción moderna de esta palabra es, como se ha visto, radicalmente distinta de la acepción romana); ya hemos también expuesto porqué no pueden alegar prescripción quienes han poseído por otro, esto es, *sine animo domine*.

El primero de los artículos transcritos sienta como principio, que los poseedores precarios y sus herederos no prescriben nunca: esta disposición es absoluta, y se extiende aún al caso en que los herederos disfrutaran de la cosa con ánimo de dueño y buena fé completa. El vicio de esta clase de posesión es eterno, y no se subsana, aún cuando los herederos posean durante un lapso de tiempo de mil años, según la enérgica expresión de Dumoulin.

58. No se concibe, á la verdad, este rigor extremo de la ley para con el heredero; se encuentra en pugna con el objeto primordial de la prescripción; hace desaparecer (hasta cierto punto al menos) la estabilidad de los bienes, dejando puerta franca á las reclamaciones fundadas en añejos títulos. Ella

(1) Principio sancionado por numerosos Códigos, y omitido, ignoramos porqué, en el nuestro. Según hemos podido ver en la obra del doctor Acevedo, dicho principio arranca del siguiente texto romano: «*Nemo sibi causam possessionis mutare posse*»

es, por otra parte, injusta: se muestra más exijente con el heredero que ha poseído en concepto de propietario y con buena fé, durante un tiempo indefinido, que para el poseedor de mala fe que arrebató á otro su propiedad por medio de violencia. ¿Es esto racional? ¿Es por ventura más respetable la posesión del segundo que la del primero? No se concibe, repito, tal anomalía.

59. Esta disposición no es, sin embargo, como lo hace notar Dunod, de tan funestos resultados prácticos, como injusta en teoría. Los bienes no permanecen durante generaciones sucesivas vinculados á una misma familia; por el contrario, es condición del mundo económico moderno, el contínuo cambio en la propiedad de ellos. De aquí que, con raras excepciones, no haya ocasión de aplicar la disposición legal que comentamos. En efecto: el poseedor precario enajena un inmueble; viene, pasados 30 años, el propietario á reclamar el bien; éste no puede ser reivindicado, pues el comprador, donatario, etc., lo adquirió por prescripción. ¿Qué acción le queda contra el enajenante, poseedor precario? Una puramente personal, la de indemnización de daños y perjuicios y ésta, como todas las acciones personales, se extingue en el término de 20 años, según el artículo 1177.

60. Pero el cambio de la mera tenencia en pose-

sión, que no puede jamás efectuarse por propia voluntad, puede serlo, sin embargo, por causa procedente de un tercero, ó por la oposición que haya hecho el mero tenedor al derecho del propietario. La *interversión* (permítaseme traducir literalmente la palabra) puede, pues, realizarse de dos modos: por el hecho de un tercero y por la contradicción del poseedor. Examinémolos aisladamente.

61. Por causa procedente de un tercero.—Supongamos el caso de un individuo que recibe una finca en arrendamiento, de manos de otro á quien ella no pertenece: puede la mera tenencia convertirse en posesión, no solo por medio de un título traslativo de dominio conferido por el arrendador, sino también por un título procedente de tercero.

Idénticos son los efectos en ambos casos: no existe motivo alguno para distinguir entre la *interversión* justa y la que no lo es; tanto una como otra posesión confiere título hábil para prescribir. Lo cual es, por otra parte, natural y lógico, consagrando, como consagra, la ley la prescripción del usurpador.

62. Sobreentendido está que la adquisición por parte del poseedor del bien debe ser seria; quien solo para eludir las consecuencias de la precariedad, simulase una compra, no sería amparado por la ley; lo contrario importaría defraudarla; «ella

exije una causa verdadera de *interversión*, no una fraudulenta.»

63. Consigna la última parte del art. 1160 un correctivo necesario al fraude; exije que la posesión se efectúe en *adelante con las condiciones requeridas por el art.* 1157; esto es, que sea continua y no interrumpida, pacífica, no equívoca y en concepto de propietario. Así, según esto, si llegara á probarse que posteriormente á la venta simulada, el comprador había abonado á la parte enajenante el precio del arrendamiento, sería declarada nula la venta, y considerado precario el poseedor.

64. ¿Es necesario, como lo pretenden Dunod y Vazeille, además del nuevo título, que el detentador notifique su intención de poseer en nombre propio á aquél por quien poseía anteriormente?

Tal afirmación no tiene fundamento alguno racional en la ley. La notificación á que alude importaría oposición al derecho del propietario, y según el art. 1160 se exije, ya ésta, ya el hecho de un tercero, nunca ambas circunstancias conjuntamente.

65. Por la oposición que ellos mismos hayan hecho al derecho del propietario.—¿En qué sentido emplea la ley la palabra *oposición*? Ésta consiste en la afirmación que hace el poseedor al dueño, ó al que lo es presunto, de pertenecerle en propiedad la cosa poseída. Tal afirmación puede tener lugar de dos maneras: una legal, legítima, y es cuando

el arrendatario, por ejemplo, perseguido judicialmente para el pago de los arrendamientos vencidos, declara ante Juez no deber aquéllos, en virtud de su calidad de propietario; otra física material: cuando el detentador precario resiste con la fuerza á los reiterados ataques que le lleva su causante para desposeerlo del bien, justificando tal resistencia con la afirmación de de ser pietario de la cosa.

Queda, tanto en uno como en otro caso, librado al prudente arbitrio del Juez, determinar si de las circunstancias de la causa resulta oposición verdadera, en la acepción jurídica de la palabra (1).

66. La diferencia establecida por el art. 1191 entre los herederos del que posee la cosa en nombre ó lugar de otro, y la persona á quien éste la hubiera trasmitido por un título traslativo de dominio es lógica, aunque no equitativa, explicandose fácilmente: el heredero sucede al difunto y lo representa en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte, como anteriormente indiqué: continúa su persona; los herederos, pues no tienen otro título que el de su causante, y, aplicando el principio tradicional citado, no pueden prescribir contra su título; son siempre, eterna-

(1) Debe tenerse en cuenta, también, que las vías de hecho reiteradas pueden privar á la posesión del carácter de pacífica que le es indispensable para fundar prescripción (Art. 1157).

mente, detendadores precarios. Los que adquieren la cosa del mero tenedor, á título particular, ya sea por legado, ya por compra ó donación, etc., no se encuentran en idéntico caso, no lo representan; prescriben por derecho propio, no cambian su *mera tenencia en posesión*. ¿Existe justo título y buena fé? Adquirirán la propiedad del bien en un espacio de tiempo que varía entre 10 y 20 años. ¿No existe alguna ó ninguna de dichas condiciones? Se elevará el indicado plazo á 30 años, sin distinguir entre ausentes y presentes.

ARTÍCULO ~~1162~~ 1207

El tiempo para prescribir la obligación de dar cuentas, no empieza á correr sino desde el día en que los obligados cesaron en su respectivo cargo.

El de la prescripción contra el resultado líquido de las cuentas, no corre sino desde el día en que recayó la conformidad de las partes ó ejecutoria judicial (1).

SUMARIO

67. Fundamento de la disposición.

67. Hemos ya hecho notar en el curso de esta conferencia, que así como la posesión es requisito

(1) Cód. Arg. Art. 14, Lib. 4.º, Sec. 3.ª, tít. 1.—El Dr. Velez Sarsfield la tomó, según creemos, del Art. 1938 del trabajo de Goyena.

indispensable para la prescripción adquisitiva, la ley exije con igual carácter la inacción del acreedor para las prescripciones extintivas. Sólo desde el instante en que esa inacción le es en alguna manera imputable, puede comenzar á correr la prescripción.

Este principio justifica las dos disposiciones consignadas en el artículo transcrito. La obligación de rendir cuentas no comienza sino en el día de cesar en el cargo respectivo aquellos sobre quienes pesa; luégo, únicamente á partir de ese día debe correr la prescripción, pues hasta entonces no denuncia incuria la inacción del acreedor.—Sólo nace la acción por el resultado líquido de las cuentas, en el momento de recaer la conformidad de las partes ó ejecutoria judicial que la suple; luégo, solo desde ese momento debe calcularse el tiempo necesario para prescribir: antes no ha podido iniciaacción alguna el acreedor.

1302

ARTÍCULO 1403

La prescripción adquirida á favor de un copropietario ó comunero, aprovecha á los otros.

SUMARIO

68 Esta disposición es consecuencia natural del estado de indivisión.

68 El estado de comunidad es un estado *sui generis*, en el cual ninguno de los comuneros tiene derecho exclusivo á tal ó cual parte determinada del bien, sino que todos lo tienen sobre todas sus partes y cada una de sus moléculas. No habiendo propiedad especial de nadie, poseen todos el todo, y cada uno de ellos hállase investido de un mandato legal, á fin de representar á los otros y poseer por ellos en su nombre.

Resulta de estos principios, que la prescripción no podía nunca ser adquirida exclusivamente por uno de dichos comuneros, pues éste, en virtud del mandato legal á que aludo poyendo el bien proindiviso, por sí y sus copropietarios, lo adquiere, no sólo por su parte propia, sino conjuntamente por la de todos los demás.

1203

ARTÍCULO 1164

El día en que empieza á correr la prescripción se tiene por entero: pero el último debe cumplirse en su totalidad (1).

SUMARIO

69. ¿Deben los plazos contarse *de momento ad momentum*?
70. ¿Debe contarse ó excluirse el día en que la prescripción se cumple, el *dies ad quem*? **Sistema romano y francés.**
71. ¿Y el día en qué comienza, el día *a quo*? **sistema de Aubri y Rau, Laurent etc. El opuesto de Merlin, defendido por M. Hureaux.** *In medio veritas:* **sistema de Duranton.—Error de nuestra ley.**

69. ¿Debe el plazo exigido para cada una de las diferentes especies de prescripción, contarse de tal día á tal otro, ó de tal hora á tal hora, *de momento ad momentum?*

Nuestro Código, siguiendo al francés, establece lo primero. ¿En qué razones se funda este sistema? ¿Qué inconveniente ofrece el contrario? Bigot-Preameneu, tratando de fundar este principio, en su *Exposición de los motivos*, afirma que «una hora « es un espacio de tiempo demasiado corto, y que « no podría ser ni aún uniformemente determina-

(1) Cod. Fr. Art. 2260 y 2261.—No hemos encontrado esta disposición en el Argentino; desprendese, no obstante, del espíritu de algunas disposiciones, que ha adoptado el sistema francés y romano.—Leg. Rom, L. 6 D. de usuc.—Proy. del Dr. Acevedo. Art. 1276: textualmente el francés Cod. Ital. arts. 2133 y 2134

« do.» Estas palabras no corresponden á la idea de la ley. El principio de que la prescripción se cuenta por *días* y no por *horas* es fundado en la dificultad que existiría para determinar el momento preciso en que dicha prescripción comenzó á correr. En efecto, ó bien se aducen documentos, como medio de prueba, ó bien se recurre á la testimonial; ni los unos, ni la otra, llenarían la exigencia legal: la fecha en los documentos sólo expresa, generalmente, el día en que ellos fueron otorgados; los testigos, pasado cierto tiempo, no pueden, por haberla olvidado, declarar la hora precisa en que se realizó tal ó cual hecho.

70. Una vez admitido el principio que implícitamente acepta nuestro Código, quedaban al legislador dos puntos por determinar: 1° ¿El día en que se completa la prescripción, el *dies ad quem*, debe cumplirse por entero, ó basta que él haya comenzado? 2° ¿El día en que la prescripción tiene principio, debe contarse por entero, ó ser excluido totalmente?

A la primera de las preguntas formuladas, responde la ley afirmativamente. La romana distinguia, para tales efectos, la prescripción *adquisitiva* de la *extintiva*. Si ella era de la primera especie (1) bastaba que el día hubiera comenzado á correr; si

[1] *In usucapionibus non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus.* [L.6 D. de usuc. citada por el Dr. Acevedo.]

de la segunda, la prescripción no se cumplía hasta que terminaba el día postrero. Esta distinción, criticada por la gran mayoría de los jurisconsultos modernos, es de todo punto arbitraria y no tiene razón de ser. En efecto; cuando la ley dice al individuo: « Tienes un plazo de tantos meses ó años para reclamar el bien que se te usurpe, ó exigir de otro lo que te adeuda », — entiende, según es natural, darle el plazo completo; no le pone limitaciones en uno ni en otro caso, ya se trate de la prescripción extintiva, ya de la adquisitiva: ahora bien, por la ley antigua se establecía una limitación arbitraria:—del plazo que la ley acordaba al propietario para reclamar su dominio, se descontaba un día, puesto que, una vez comenzado el último de la prescripción, ya no podía exigir el desposeido la entrega de su bien.

Nuestro legislador ha procedido, pues, con acierto, al seguir el sistema de la legislación de Francia.

Examinemos el 2.° punto.

70. ¿Debe contarse por entero el día en que da comienzo la prescripción, el día *a quo*, ó, por el contrario, excluirse en un todo?

La opinión generalmente adoptada por los autores es la de los señores Aubri y Rau, Mourlon, Laurent y Leroux de Bretagne. Sostienen éstos que en absoluto debe prescindirse del día *a quo*, por ser ello consecuencia lógica y necesaria del principio según el cual el tiempo no se cuenta por horas sino por dias.

En un sistema contrario (de Merlin, defendido por M. Hureaux), se sostiene que el *dies a quo* debe ser siempre contado en su totalidad. Nuestro Código ha adoptado esta opinión extrema, que Laurent se rehusa á discutir, por considerarla definitivamente condenada.

Paréceme que en este caso, como en tantos otros, la verdadera solución se encuentra en un prudente y justo medio: *In medio veritas*. Ese prudente justo medio constituye la teoría de Durantón, cuyo jurisconsulto cuenta ó rechaza por entero el primer día del término, según se trate de la prescripción adquisitiva ó de la liberatoria.

Este sistema es el lógico. Tratándose de la prescripción adquisitiva, por ejemplo, lo natural es no descontar el *dies a quo;* proceder como lo pretende Laurent es arbitrario.—Está probado que *A* comenzó á poseer tal día de tal mes; ¿en qué se fundan para descontarle dicho día? ¿en que comenzó la posesión á una hora avanzada? ¿dónde está la prueba de esto, si la ley no quiere que se produzca? No se puede descontarle ese día, sin hacer cuestión de hora, contra lo que la ley acepta.

En el sistema de Laurent se causa *siempre*, infaliblemente, un perjuicio al poseedor, pues que estando probado que en tal día comenzó su posesión, se le

priva *en todos los casos* de una parte más ó menos extensa de él. En el de Durantón se causa *á veces* un perjuicio al propietario, pues se cuenta en su contra, como un día completo, un espacio de tiempo que quizás consta de pocas horas: pero el perjuicio no es, como en el caso anterior, seguro, infalible, por cuanto la posesión puede datar también de los primeros momentos de ese día. Ahora bien, aceptado que no es posible calcular el tiempo *de momento ad momentum*, y que es forzoso decidirse en uno ú otro sentido, la resolución estaba indicada de por sí: debió la ley adoptar el sistema cuyas disposiciones se hallan *más comunmente* de acuerdo con la equidad.

Distinta solución procedía respecto de la prescripción extintiva. El deudor tiene para cumplir su obligación todo el día del vencimiento; el acreedor no está habilitado, en rigor, para exijir de él que solvente su deuda cinco minutos antes de fenecer tal día: luego, pues, no puede correr en contra suya, para el plazo de la prescripción, ese primer día en que permaneció inactivo por causa ajena á su voluntad; ¿cómo hacer correr dicho plazo desde la mañana de ese día, si á tal hora no podía exigir el pago de su crédito, si no ha habido incuria alguna por su parte, si no le es imputable su inacción?

Nuestro Código, en consecuencia, al abandonar

en esta parte el sistema del francés, no debió adoptar el de Merlín, tan defectuoso como aquél, y si el de Durantón, que es el que más consulta la equidad y los hechos.

Tales son los principios generales que en la materia rigen.

V°. B°.
AGUSTIN CARDOSO.