EDUARDO CARRION EGUIGUREN

Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador

CURSO DE DERECHO CIVIL

DE LOS BIENES

TERCERA EDICION

EDICIONES DE LA UNIVERSIDAD CATOLICA

QUITO — ECUADOR

1979

SIB-UCE LABORATORIO DE DIGITALIZACIÓN
Campus Central, calle Jerónimo Leyton y Gatto Sobral
+593 2230757 ext: 808 biblioteca.general@uce.edu.ec
©2022-2024

BASE LEGAL PARA DIGITALIZACIÓN DE LIBROS CON DERECHOS DE AUTOR

El Sistema Integrado de Bibliotecas de la Universidad Central del Ecuador, digitalizará su acervo bibliográfico siempre y cuando sea para fines educativos y de investigación. No se permite la reproducción y distribución para la comercialización directa e indirecta de este.

La digitalización del material bibliográfico se lo realiza de acuerdo al Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación **Art. 212 numeral 9, Literal ii** "(…) Una biblioteca o archivo podrá, además, realizar los siguientes actos (…) La reproducción electrónica y comunicación pública de obras de su colección para ser consultadas gratuita y simultáneamente hasta por un número razonable de usuarios, sólo en terminales de redes de la respectiva institución o para usuarios de esa institución bajo su control, en condiciones que garanticen que no se puedan hacer copias electrónicas de esas reproducciones" y **literal vii** "La reproducción, adaptación, traducción, transformación, arreglo, distribución y comunicación de una obra protegida por derechos de autor o una prestación protegida por derechos conexos, en uno o más formatos accesibles para el uso exclusivo de personas con discapacidad".

Este material se considera un producto intelectual a favor de su autor; por tanto, la titularidad de sus derechos se encuentra protegida por el Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. La violación a dichos derechos constituye un delito que será responsabilidad del usuario.

Este libro está disponible físicamente en

Biblioteca:

Biblioteca Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales

Piso:	**Estante:**	**Bandeja:**
01	08	06

Convenio interinstitucional:

Enlace al catálogo:



ESTE LIBRO ES PROPIEDAD DEL SIB-UCE
SU VENTA ES PENADA POR LA LEY

P.1
E'08
B:06

DERECHO CIVIL DEL ECUADOR

DE LOS BIENES Y CLASES.

PATRIMONIO FAMILIAR.

ACCIONES - POSESORIAS.

INVENTARIO

Compra:.....Dinación:.....Transfer:☐

Proveedor:.....

Factura:.....Fecha:.....Precio:.....

Nº Inf. Recep.:.....Fecha Inf.:.....

Nº Alta:.....

Biblioteca:.....

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA U.C.
BIBLIOTECA

347.04
C318

EDUARDO CARRION EGUIGUREN

Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador

AITA
2008301

CURSO DE DERECHO CIVIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
BIBLIOTECA
DE DERECHO
C. 22064

DE LOS BIENES

P=01
E=08
B=06
12012732

TERCERA EDICION

OBRAS NACIONALES - INTERNACIONALES
"O N I"
LIBRERIA JURIDICA
García Moreno 1315
Telf. 516-724 519-822
Casilla 2617
Quito Ecuador

QUITO — ECUADOR

1979

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA U.
BIBLIOTECA

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST SAPIENTIA OMNIUM
FUNDADA EN 1620
QUITO

IMPRENTA DEL COLEGIO TECNICO DON BOSCO — QUITO.

LIBRO II

DE LOS BIENES Y DE SU DOMINIO, POSESION, USO, GOCE Y LIMITACIONES

TITULO I

DE LAS VARIAS CLASES DE BIENES

Art. 602.—Los bienes consisten en cosas corporales o incorporales

Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro.

Incorporales las que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas.

§ 1º

De las cosas corporales

Art. 603.— Las cosas corporales se dividen en muebles e inmuebles.

Art. 604.—**Muebles** son las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, como los animales (que por eso se lleman **semovientes**), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas.

Exceptúanse las que, siendo muebles por naturaleza, se reputan inmuebles por su destino, según el Art. 607.

Art. 605.—**Inmuebles, fincas o bienes raíces** son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro, como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios y los árboles.

Las casas y heredades se llaman **predios o fundos.**

Art. 606.—Las plantas son inmuebles, mientras adhieren al suelo por sus raíces, a menos que estén en macetas o cajones, que puedan transportarse de un lugar a otro.

Art. 607.—Se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento. Tales son, por ejemplo:

Las losas de un pavimento;

Los tubos de las cañerías;

Los utensilios de labranza o minería, y los animales actualmente destinados al cultivo o beneficio de una finca, con tal que hayan sido puestos en ella por el dueño de la finca;

Los abonos existentes en ella, y destinados por el dueño de la finca a mejorarla;

Las prensas, calderas, cubas, alambiques, toneles y máquinas que forman parte de un establecimiento industrial adherente al suelo, y que pertenecen al dueño de éste;

Los animales que se guardan en conejeras, pajareras, estanques, colmenas, y cualesquiera otros vivares, con tal que éstos adhieran al suelo, o sean parte del suelo mismo, o de un edificio.

Art. 608.— Los productos de los inmuebles, y las cosas accesorias a ellos, como las hierbas de un campo, la madera y fruto de los árboles, los animales de un vivar, se reputan muebles, aun antes de su separación, para el efecto de constituir un derecho sobre dichos productos o cosas en favor de otra persona que el dueño.

Lo mismo se aplica a la tierra o arena de un suelo, a los metales de una mina, y a las piedras de una cantera.

Art. 609.—Las cosas de comodidad u ornato que se clavan o fijan en las paredes de las casas y pueden removerse fácilmente sin detrimento de las mismas paredes, como estufas, espejos, cuadros, tapicerías, se reputan muebles. Si los cuadros o espejos están embutidos en las paredes, de manera que formen un mismo cuerpo con éstas, se considerarán parte de ellas, aunque puedan separarse sin detrimento.

Art. 610.—Las cosas que, por ser accesorias a bienes raíces, se reputan inmuebles, no dejan de serlo por su separación momentánea; por ejemplo, los bulbos o cebollas que se arrancan para volverlos a plantar, y las losas o piedras que se desencajan de su lugar para hacer alguna construcción o reparación y con ánimo de volverlas a él. Pero desde que se separan, con el fin de darles diferente destino, dejan de ser inmuebles.

Art. 611.—Cuando por la ley o el nombre se usa de la expresión **bienes muebles**, sin otra calificación, se comprenderá en ella todo lo que se entiende por cosas muebles, según el Art. 604.

En los **muebles** de una casa no se comprenderá el dinero, los documentos y papeles, las colecciones científicas o artísticas, los libros o sus estantes, las medallas, las armas, los instrumentos de artes y oficios, las joyas, la ropa de vestir o de cama, los carruajes o caballerías o sus arreos, los granos, caldos, mercancías, ni en general otras cosas que las que forman el ajuar de una casa.

Art. 612.—Las cosas muebles se dividen en fungibles y no fungibles.

A las primeras pertenecen aquellas de que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan.

Las especies monetarias, en cuanto perecen para el que las emplea como tales, son cosas fungibles.

§ 1º

De las cosas incorporales

Art. 613.—Las cosas incorporales son derechos reales o personales.

Art. 614.—Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona.

Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las **acciones reales.**

Art. 615.—**Derechos personales o créditos** son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la Ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor, por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las **acciones personales.**

Art. 616.—Los derechos y acciones se reputan bienes muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercerse o que se debe. Así, el derecho de usufructo sobre un inmueble es inmueble. Así, la acción del comprador para que se le entregue la finca comprada, es inmueble; y la acción del que ha prestado dinero, para que se la pague, es mueble.

Art. 617.—Los hechos que se deben se reputan muebles. La acción para que un artífice ejecute la obra convenida, o resarza los perjuicios causados por la inejecución del convenio, entra, por consiguiente, en la clase de los bienes muebles.

TITULO II

DEL DOMINIO

Art. 618.—El Dominio (que se llama también **propiedad**) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, conforme a las disposiciones de las leyes y respetando el derecho ajeno, sea individual o social.

La propiedad separada del goce de la cosa, se llama **mera o nuda propiedad.**

Art . 619.—Sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo.

Art. 620.—Las producciones del talento o del ingenio son propiedad de sus autores.

Esta propiedad se regirá por leyes especiales.

Art. 621.—Las cosas que la naturaleza ha hecho **comunes a todos los hombres,** como la alta mar, no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas.

Su uso y goce se determinan, entre individuos de una nación, por las leyes de ésta, y entre distintas naciones, por el Derecho Internacional.

Art. 622.—Los modos de adquirir el dominio son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción.

De la adquisición de dominio por estos dos últimos medios se tratará en el Libro **De la sucesión por causa de muerte,** y al fin de este Código.

TITULO III

DE LOS BIENES NACIONALES

Art. 623.—Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda.

Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la Nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman **bienes nacionales de uso público o bienes públicos.** Asimismo, los nevados perpetuos y las zonas de territorio situadas a más de 4.500 metros de altura sobre el nivel del mar.

Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes se llaman **bienes del Estado o bienes fiscales.**

Art. 624.—Son bienes del Estado todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño.

Art. 625.—Las plataformas o zócalos submarinos, continental e insular, adyacentes a las costas ecuatorianas, y las riquezas que se encuentran en aquéllos, pertenecen al Estado, el que tendrá el aprovechamiento de ellas y ejercerá la vigilancia necesaria para la conservación de dicho patrimonio y para la protección de las zonas pesqueras correspondientes.

Considéranse como plataforma o zócalo submarino las tierras sumergidas, contiguas al territorio nacional, que se encuentran cubiertas hasta por doscientos metros de agua como máximo.

Art. 626.—El Estado es dueño de todas las minas y yacimientos que determinan las leyes especiales respectivas, no obstante el dominio de las corporaciones o de los particulares, sobre la superficie de la tierra en cuyas entrañas estuvieren situados.

Pero se concede a los particulares la facultad de catar y cavar en tierras de cualquier dominio, para buscar las minas a que se refiere el precedente inciso, la de labrar y beneficiar dichas minas y la de disponer de ellas como dueños, con los requisitos y bajo las reglas que prescriben las leyes de minería.

Art. 627.—Los puentes y caminos construídos a expensas de personas particulares, en tierras que les pertenecen, no son bienes nacionales, aunque los dueños permitan su uso y goce a todos..

Lo mismo se extiende a cualesquiera otras construcciones hechas a expensas de particulares y en sus tierras, aun cuando su uso sea público, por permiso del dueño.

Art. 628.—El mar adyacente, hasta una distancia de doscientas millas marinas, medidas desde los puntos más salientes de la costa continental ecuatoriana y los de las islas más extremas del Archipiélago de Colón y desde

los puntos de la más baja marea, según la línea de base que se señalará por Decreto Ejecutivo, es mar territorial y de dominio nacional.

El mar adyacente comprendido entre la línea de base mencionada en el párrafo anterior y la línea de más baja marea, constituye aguas interiores y es de dominio nacional.

Si por tratados internacionales que versen sobre esta materia se determinaren para la policía y protección marítima zonas más amplias que las fijadas en los incisos anteriores, prevalecerán las disposiciones de esos tratados.

Por Decreto Ejecutivo se determinarán las zonas diferentes del mar territorial, que estarán sujetas al régimen de libre navegación marítima o al de tránsito inocente para naves extranjeras.

Son también bienes de dominio público el lecho y el subsuelo del mar adyacente.

Art. 629.—Es igualmente de dominio nacional el espacio aéreo correspondiente al territorio del Estado, incluído en éste el mar territorial definido en el artículo anterior.

El Ejecutivo reglamentará la zona de libre tránsito aéreo sobre el mar territorial.

Art. 630.—Se entiende por **playa del mar** la extensión de tierra que las olas bañan y desocupan alternativamente hasta donde llegan en las más altas mareas.

Art. 631.—Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, así como los lagos naturales, son bienes nacionales de uso público.

En cuanto a la extensión del dominio de las riberas de dichos ríos, aguas y lagos, se estará a lo que dispongan las leyes especiales .

También son bienes nacionales de uso público las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad. El propietario de dicha heredad tendrá derecho al uso y goce de las aguas, en proporción necesaria al requerimiento del respectivo predio.

Para los efectos determinados en el inciso anterior, se entenderá que mueren en una heredad, no sólo las aguas que no salen de la misma, sino aquellas que, dentro de la heredad, desembocan en otra corriente de agua, a la cual quedan incorporadas.

Art. 632.—Pertenecerán al Estado las nuevas islas que se formen en el mar territorial y en los ríos y lagos de dominio público.

Art. 633.—El uso y goce que para el tránsito, riego, navegación y cualesquiera otros objetos lícitos, corresponden a los particulares en las calles, plazas, puentes y caminos públicos, en el mar y sus playas, en ríos y lagos, y generalmente en todos los bienes nacionales de uso público, estarán sujetos a las disposiciones de este Código, a las leyes especiales y a las ordenanzas generales o locales que sobre la materia se promulguen.

Art. 634.—Nadie podrá construir, sin permiso especial de autoridad competente, obra alguna sobre las calles, plazas, puentes, playas, terrenos fiscales y demás lugares de propiedad nacional.

Art. 635.—Las columnas, pilastras, gradas, umbrales y cualesquiera otras construcciones que sirvan para la comodidad u ornato de los edificios, o hagan parte de ellos, no podrán ocupar ningún espacio, por pequeño que sea, de la superficie de las calles, plazas, puentes, caminos y demás lugares de propiedad nacional.

Los edificios en que se ha tolerado la práctica contraria estarán sujetos a la disposición del precedente inciso, si se reconstruyeren.

Art. 636.—En los edificios que se construyan a los costados de calles o plazas, se observarán las ordenanzas y reglamentos municipales.

Art. 637.—Sobre las obras que, con permiso de la autoridad competente, se construyan en sitios de propiedad nacional, no tienen los particulares que han obtenido este permiso, sino el uso y goce de ellas, y no la propiedad del suelo.

Abandonadas las obras, o terminado el tiempo por el cual se concedió el permiso, se restituyen ellas y el suelo, por el ministerio de la ley, al uso y goce privativo del Estado, o al uso y goce general de los habitantes, según lo prescriba la indicada autoridad.

Pero no se entiende lo dicho si la propiedad del suelo ha sido concedida expresamente por el Estado.

Art. 638.—No se podrán sacar canales de los ríos, para ningún objeto industrial o doméstico, sino con arreglo a las leyes u ordenanzas respectivas.

Art. 639.—Las naves nacionales o extranjeras no podrán tocar ni acercarse a ningún paraje de la playa, excepto a los puertos que para este fin haya designado la Ley; a menos que un peligro inminente de naufragio, o de apresamiento, u otra necesidad semejante las fuerce a ello.. Los capitanes o patrones de las naves que de otro modo obraren, estarán sujetos a las penas que las leyes y ordenanzas respectivas les impongan.

Los náufragos tendrán libre acceso a la playa, y serán socorridos por las autoridades locales.

Art. 640.—No obstante lo prevenido en este Título y en el **De la accesión** relativamente al dominio de la Nación sobre ríos, lagos e islas, subsistirán en ellos los derechos adquiridos por particulares antes de la promulgación de este Código.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
SIB-UCE

TITULO IV

DE LA OCUPACION

Art. 641.—Por la ocupación se adquiere el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie, y cuya adquisición no está prohibida por las leyes ecuatorianas, o por Derecho Internacional.

Art. 642.—La **caza** y **pesca** son especies de ocupación por las cuales se adquiere el dominio de los animales bravíos.

Art. 643.—Se llaman **animales bravíos o salvajes** los que viven naturalmente libres e independientes del hombre, como las fieras y los peces; **domésticos**, los que pertenecen a especies que viven ordinariamente bajo la dependencia del hombre, como las gallinas, las ovejas; y **domesticados** los que, sin embargo de ser bravíos por su naturaleza, se han acostumbrado a la domesticidad, y reconocen, en cierto modo, el imperio del hombre.

Estos últimos, mientras conservan la costumbre de volver al amparo o dependencia del hombre, siguen la regla de los animales domésticos; y perdiendo esta costumbre, vuelven a la clase de los animales bravíos.

Art. 644.—No se puede cazar sino en tierras propias, o en las ajenas con permiso del dueño.

Pero no será necesario este permiso, si las tierras no estuvieren cercadas, ni plantadas o cultivadas; a menos que el dueño haya prohibido expresamente cazar en ellas, y notificando la prohibición.

Art. 645.—Si alguno cazare en tierras ajenas, sin permiso del dueño, cuando por ley estaba obligado a obtenerlo, lo que cace será para el dueño, a quien, además, indemnizará de todo perjuicio.

Art. 646.—Se podrá pescar libremente en los mares; pero en el mar territorial sólo podrán pescar los ecuatorianos y los extranjeros domiciliados.

Se podrá pescar libremente en los ríos y en los lagos de uso público.

Art. 647.—Los pescadores podrán hacer de las playas del mar el uso necesario para la pesca, construyendo cabañas, sacando a tierra sus barcas y utensilios y el producto de la pesca, secando sus redes, etc.; guardándose empero de hacer uso alguno de los edificios o construcciones que allí hubiere, sin permiso de sus dueños, o de embarazar el uso legítimo de los demás pescadores.

Art. 648.—Podrán también, para los expresados menesteres, hacer uso de las tierras contiguas hasta la distancia de ocho metros de la playa; pero no tocarán a los edificios o construcciones que dentro de esa distancia hubiere, ni atravesarán las cercas, ni se introducirán en las arboledas, plantíos o siembras.

Art. 649.—Los dueños de las tierras contiguas a la playa no podrán poner cercas, ni hacer edificios, construcciones o cultivos dentro de los dichos ocho metros, sino dejando, de trecho en trecho, suficientes y cómodos espacios para los menesteres de la pesca.

En caso contrario ocurrirán los pescadores a las autoridades locales para que pongan el conveniente remedio.

Art. 650.—A los que pesquen en ríos y lagos no será lícito hacer uso alguno de los edificios y terrenos cultivados en las riberas, ni atravesar las cercas.

Art. 651.—La disposición del Art. 645 se extiende al que pesca en aguas ajenas.

Art. 652.—Se entiende que el cazador o pescador se apodera del animal bravío y lo hace suyo, desde que lo ha herido gravemente, de manera que ya no le sea fácil escapar, y mientras persiste en perseguirlo, o desde que el animal ha caído en sus trampas o redes, con tal que las haya armado o tendido en paraje donde le sea lícito cazar o pescar.

Si el animal herido entra en tierras ajenas, donde no es lícito cazar sin permiso del dueño, podrá éste hacerlo suyo.

Art. 653.—No es lícito a un cazador o pescador perseguir al animal bravío que es ya perseguido por otro cazador o pescador. Si lo persiguiere sin su consentimiento, y se apoderare del animal, podrá el otro reclamarlo como suyo.

Art. 654.—Los animales bravíos pertenecen al dueño de las jaulas, pajareras, conejeras, colmenas, estanques o corrales en que estuvieren encerrados; pero luego que recobran su libertad natural, puede cualquier persona apoderarse de ellos y hacerlos suyos, con tal que actualmente no vaya el dueño en seguimiento de ellos, teniéndolos a la vista, y que no se contravenga al Art. 644.

Art. 655.—Las abejas que huyen de la colmena y posan en árbol que no sea del dueño de ésta, vuelven a su libertad natural, y cualquiera puede apoderarse de ellas y de los panales fabricados por ellas, con tal que no lo haga sin permiso del dueño en tierras ajenas, cercadas o cultivadas, o contra la prohibición del mismo en las otras. Pero al dueño de la colmena no podrá prohibirse que persiga a las abejas fugitivas en tierras que no estén cercadas ni cultivadas.

Art. 656.—Las palomas que abandonan un palomar y se fijan en otro, se entenderán ocupadas legítimamente por el dueño del segundo, siempre que éste no se haya valido de alguna industria para atraerlas y aquerenciarlas.

En tal caso estará obligado a la indemnización de todo perjuicio, inclusa la restitución de las especies, si el dueño la exigiere; y si no la exigiere, a pagarle su precio.

Art. 657.—En lo demás, el ejercicio de la caza y de la pesca estará sujeto a las disposiciones especiales.

No se podrá, pues, cazar o pescar sino en lugares, en temporadas y con armas y procedimientos que no estén prohibidos.

Art. 658.—Los animales domésticos están sujetos a dominio.

Conserva el dueño este dominio sobre los animales domésticos fugitivos, aun cuando hayan entrado en tierras ajenas, salvo en cuanto las ordenanzas de policía rural o urbana establecieren lo contrario.

Art. 659.—La invención o hallazgo es una especie de ocupación por la cual el que encuentra una cosa inanimada que no pertenece a nadie, adquiere su dominio, apoderándose de ella.

De este modo se adquiere el dominio de las piedras, conchas y otras sustancias que arroja el mar, y que no presentan señales de dominio anterior.

Se adquieren del mismo modo las cosas cuya propiedad abandona su dueño, como las monedas que se arrojan para que las haga suyas el primer ocupante.

No se presumen abandonadas por sus dueños las cosas que los navegantes arrojan al mar para alijar la nave.

Art. 660.—El descubrimiento de un tesoro es un especie de invención o hallazgo.

Se llama tesoro la moneda o joyas, u otros efectos preciosos que, elaborados por el hombre, han estado largo tiempo sepultados o escondidos sin que haya memoria ni indicio de su dueño.

Art. 661.—El tesoro encontrado en terreno ajeno se dividirá, por partes iguales, entre el dueño del terreno y la persona que haya hecho el descubrimiento.

Pero esta última no tendrá derecho a su porción, sino cuando el descubrimiento sea fortuito, o cuando se haya buscado el tesoro con permiso del dueño del terreno.

En los demás casos, o cuando sean una misma persona el dueño del terreno y el descubridor, pertenecerá todo el tesoro al dueño del terreno.

Art. 662.—Al dueño de una heredad o de un edificio podrá pedir cualquiera persona el permiso de cavar en el suelo, para sacar dinero o alhajas que asegurare pertenecerle y estar escondidos en él. Y si señalare el paraje en que están escondidos y diere competente seguridad de que probará su derecho sobre ellos, y de que abandonará todo perjuicio al dueño de la here-

dad o edificio, no podrá éste negar el permiso, ni oponerse a la extracción de dichos dineros o alhajas.

Art. 663.—No probándose el derecho sobre dichos dineros o alhajas, serán considerados o como bienes perdidos, o como tesoro encontrado en suelo ajeno, según los antecedentes y señales.

En este segundo caso, deducidos los costos, se dividirá el tesoro, por partes iguales, entre el denunciador y el dueño del suelo; pero no podrá éste pedir indemnización de perjuicios, a menos de renunciar su porción.

Art. 664.—Si se encuentra alguna especie mueble al parecer perdida, deberá ponerse a disposición de su dueño, y no presentándose nadie que pruebe ser suya, se entregará a la autoridad competente, la cual deberá dar aviso del hallazgo, en un periódico del lugar, si lo hubiere, y en carteles públicos, que se fijarán en tres de los parajes más frecuentados del mismo.

El aviso designará el género y calidad de la especie, el día y el lugar del hallazgo.

Si no apareciere el dueño, se dará este aviso hasta por tercera vez, mediando ocho días de un aviso a otro.

Art. 665.—Si en el curso del año subsiguiente al último aviso no se presentare persona que justifique su dominio, se venderá la especie en pública subasta; se deducirán del producto las expensas de aprehensión, conservación y demás que ocurrieren; y el remanente se dividirá, por partes iguales, entre la persona que encontró la especie y la institución designada por la Ley.

Art. 666.—La persona que haya omitido las diligencias aquí ordenadas, perderá su porción en favor de la institución a quien correspondiere legalmente; y aun quedará sujeta a la acción de perjuicios, y según las circunstancias, a la pena respectiva.

Art. 667.—Si aparece el dueño antes de subastada la especie, le será restituída, pagando las expensas y lo que, a título de salvamento, adjudicare la autoridad competente al que encontró y denunció la especie.

Si el dueño hubiere ofrecido recompensa por el hallazgo, el denunciador elegirá entre el premio de salvamento y la recompensa ofrecida.

Art. 668.—Subastada la especie, se mirará como irrevocablemente perdida para el dueño.

Art. 669.—Si la especie fuere corruptible, o su custodia y conservación dispendiosas, podrá anticiparse la subasta; y el dueño, presentándose antes de expirar el año subsiguiente al último aviso, tendrá derecho al precio, deducidas, como queda dicho, las expensas y el premio de salvamento..

Art. 670.—Si naufragare algún buque en las costas de la República, o si el mar arrojare a ellas los fragmentos de un buque, o efectos pertenecien-

tes, según las apariencias, al aparejo o carga de un buque, las personas que lo vean o sepan denunciarán el hecho a la autoridad competente, asegurando entre tanto, los efectos que sea posible salvar, para restituirlos a quien de derecho corresponda.

Los que se los apropiaren quedarán sujetos a la acción de perjuicios y a la pena respectiva.

Art. 671.—Las especies naufragadas que se salvaren serán restituídas por la autoridad a los interesados, mediante el pago de las expensas y la gratificación de salvamento.

Art. 672.—Si no aparecieren interesados, se procederá a la publicación de tres avisos, por periódicos y carteles, mediando tres meses de un aviso a otro; y en lo demás se procederá como en el caso de los artículos 664 y siguientes.

Art. 673.—La autoridad competente fijará, según las circunstancias, la gratificación de salvamento, que nunca pasará de la mitad del valor de las especies.

Pero si el salvamento de las especies se hiciere bajo las órdenes y dirección de la autoridad pública, se restituirá a los interesados, mediante el abono de las expensas, sin gratificación de salvamento.

Art. 674.—Todo lo dicho en los artículos 670 y siguientes se entiende sin perjuicio de lo que sobre esta materia se estipulare con las potencias extranjeras, y de los reglamentos fiscales para el almacenaje y la internación de las especies.

Art. 675.—El Estado se hace dueño de todas las propiedades que se toman en guerra de nación a nación, y dispone de ellas con arreglo a leyes especiales.

Art. 676.—Las presas hechas por bandidos, piratas o insurgentes, no transfieren dominio; y represadas, deberán restituírse a los dueños, pagando éstos el premio de salvamento a los represadores.

Este premio se regulará por el que, en casos análogos, se conceda a los apresadores en guerra de nación a nación.

Art. 677.—Si no aparecieren los dueños, se procederá como en el caso de las cosas perdidas; pero los represadores tendrán sobre las propiedades que no fueren reclamadas por sus dueños, en el espacio de un año contado desde la fecha del último aviso, los mismos derechos que si las hubieran apresado en guerra de nación a nación.

TITULO V

DE LA ACCESION

Art. 678.—La accesión es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce, o de lo que se junta a ella. Los productos de las cosas son frutos naturales o civiles.

§ 1º

De las accesiones de frutos

Art. 679.—Se llaman frutos **naturales** los que da la naturaleza, ayudada o no de la industria humana.

Art. 680.—Los frutos naturales se llaman **pendientes** mientras adhieren a la cosa que los produce, como las plantas que están arraigadas al suelo, o los productos de las plantas mientras no han sido separados de ellas.

Frutos naturales **percibidos** son los que han sido separados de la cosa productiva, como las maderas cortadas, las frutas y granos cosechados, etc.; y se dicen **consumidos** cuando se han consumido verdaderamente o se han enajenado.

Art. 681.—Los frutos naturales de una cosa pertenecen al dueño de ella; sin perjuicio de los derechos constituídos por las leyes, o por un hecho del hombre, en favor del poseedor de buena fe, del usufructuario, del arrendatario.

Así, los vegetales que la tierra produce espontáneamente o por el cultivo, y las frutas, semillas y demás productos de los vegetales, pertenecen al dueño de la tierra..

Así también, las pieles, lana, astas, leche, cría y demás productos de los animales pertenecen al dueño de éstos.

Art. 682.—Se llaman frutos **civiles** los precios, pensiones o cánones de arrendamiento, y los intereses de capitales exigibles, o impuestos a fondo perdido.

Los frutos civiles se llaman **pendientes** mientras se deben; y **percibidos,** desde que se cobran.

Art. 683.—Los frutos civiles pertenecen también al dueño de la cosa de que provienen, de la misma manera y con la misma limitación que los naturales..

§ 2º

De las accesiones del suelo

Art. 684.—Se llama aluvión el aumento que recibe la ribera del mar o de un río o lago, por el lento e imperceptible retiro de las aguas.

Art. 685.—El terreno de aluvión accede a las heredades ribereñas, dentro de sus respectivas líneas de demarcación, prolongadas directamente hasta el agua; pero, en puertos habilitados, pertenecerá al Estado.

El suelo que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces y bajas periódicas, forma parte de la ribera o del cauce, y no accede, mientras tanto, a las heredades contiguas.

Art. 686.—Siempre que prolongadas las antedichas líneas de demarcación se corten una a otra antes de llegar al agua, el triángulo formado por ellas y por el borde del agua, accederá a las dos heredades laterales. Una línea recta que lo divida en dos partes iguales, tirada desde el punto de intersección hasta el agua, será la línea divisoria entre las dos heredades.

Art. 687.—Sobre la parte del suelo que por una avenida o por otra fuerza natural violenta es transportada de un sitio a otro, conserva el dueño su dominio, para el solo efecto de llevársela; pero si no la reclama dentro del subsiguiente año, la hará suya el dueño del sitio a que fue transportada.

Art. 688.—Si una heredad es inundada, el dueño de ella conserva su propiedad, y recupera la posesión luego que las aguas se retiran.

Art. 689.—Si un río varía de curso, podrán los propietarios ribereños, con permiso de autoridad competente, hacer las obras necesarias para restituir las aguas a su acostumbrado cauce; y la parte de éste que permanentemente quedare en seco, accederá a las heredades contiguas, como el terreno de aluvión en el caso del Art. 685.

Concurriendo los ribereños de un lado con los del otro, una línea longitudinal dividirá el nuevo terreno en dos partes iguales; y cada una de éstas accederá a las heredades contiguas, como en el caso del mismo artículo.

Art. 690.—Si un río se divide en dos brazos, que no vuelven después a juntarse, las partes del anterior cauce que el agua dejare descubiertas accederán a las heredades contiguas, como en el caso del artículo precedente.

Art. 691.—Acerca de las nuevas islas que no hayan de pertenecer al Estado, según el Art. 632, se observarán las reglas siguientes:

1a.—La nueva isla se mirará como parte del cauce o lecho, mientras fuere ocupada y desocupada alternativamente por las aguas, en sus creces y bajas periódicas; y no accederá, entre tanto, a las heredades ribereñas;

2a.—La nueva isla formada por un río que se abre en dos brazos que vuelven después a juntarse, no altera el anterior dominio de los terrenos comprendidos en ella; pero el nuevo terreno descubierto por el río accederá a las heredades contiguas, como en el caso del Art. 689;

3a.—La nueva isla que se forme en el cauce de un río, accederá a las heredades de aquella de las dos riberas a que estuviere más cercana toda la

isla; correspondiendo a cada heredad la parte comprendida entre sus respectivas líneas de demarcación, prolongadas directamente hasta la isla y sobre la superficie de ella.

Si toda la isla no estuviere más cercana a una de las dos riberas que a la otra, accederá a las heredades de ambas riberas; correspondiendo a cada heredad la parte comprendida entre sus respectivas líneas de demarcación, prolongadas directamente hasta la isla y sobre la superficie de ella.

Las partes de la isla que en virtud de estas disposiciones correspondieren a dos o más heredades, se dividirán, en partes iguales, entre las heredades comuneras;

4a.—Para la distribución de una nueva isla se prescindirá enteramente de la isla o islas que hayan preexistido a ella; y la nueva isla accederá a las heredades ribereñas, como si ella sola existiese;

5a.—Los dueños de una isla formada por el río adquieren el dominio de todo lo que por aluvión accede a ella, cualquiera que sea la ribera de que diste menos el nuevo terreno abandonado por las aguas;

6a.—A la nueva isla que se forme en un lago se aplicará el inciso 2o. de la regla 3a. precedente; pero no tendrán parte en la división del terreno formado por las aguas, las heredades cuya menor distancia de la isla exceda a la mitad del diámetro de ésta, medido en la dirección de esa misma distancia.

§ 3°

De la accesión de una cosa mueble a otra

Art. 692.—La adjunción es una especie de accesión, y se verifica cuando dos cosas muebles, pertenecientes a diferentes dueños, se juntan una con otra, pero de modo que puedan separarse y subsistir cada una después de separada; como cuando el diamante de una persona se engasta en el oro de otra, o en un marco ajeno se pone un espejo propio.

Art. 693.—En los casos de adjunción, no habiendo conocimiento del hecho por una parte, ni mala fe por otra, el dominio de lo accesorio accederá al dominio de lo principal, con el gravamen de pagar su valor al dueño de la parte accesoria.

Art. 694.—Si de las dos cosas unidas, la una es de mucho más estimación que la otra, la primera se mirará como lo principal, y la segunda como lo accesorio.

Se mirará como de mayor estimación la cosa que tuviere para su dueño un gran valor de afección.

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA U.C.

Art. 695.—Si no hubiere tanta diferencia en la estimación, aquella de las dos cosas que sirva para el uso, ornato o complemento de la otra, se tendrá por accesoria.

Art. 696.—En los casos a que no pudiere aplicarse ninguna de las reglas precedentes, se mirará como principal lo de mayor volumen.

Art. 697.—Otra especie de accesión es la **especificación**, que se verifica cuando, de la materia perteneciente a una persona, hace otra persona una obra o artefacto cualquiera; como si de uvas ajenas se hace vino, o de plata ajena una copa, o de madera ajena una nave.

No habiendo conocimiento del hecho por una parte, ni mala fe por otra, el dueño de la materia tendrá derecho a reclamar la nueva especie, pagando la hechura.

A menos que en la obra o artefacto el precio de la nueva especie valga mucho más que el de la materia, como cuando se pinta en lienzo ajeno, o de mármol ajeno se hace una estatua; pues, en este caso, la nueva especie pertenecerá al especificante, y el dueño de la materia tendrá solamente derecho a la indemnización de perjuicios.

Si la materia del artefacto es, en parte, ajena, y en parte propia del que la hizo o mandó hacer, y las dos partes no pueden separarse sin inconveniente, la especie pertenecerá en común a los dos propietarios: al uno a prorrata del valor de su materia, y al otro a prorrata del valor de las suya y de la hechura.

Art. 698.—Si se forma una cosa por mezcla de materias áridas o líquidas pertenecientes a diferentes dueños, no habiendo conocimiento del hecho por una parte, ni mala fe por otra, el dominio de la cosa pertenecerá a dichos dueños pro indiviso, a prorrata del valor de la materia que a cada uno pertenezca.

Cuando el valor de la materia perteneciente a uno de ellos fuere considerablemente superior, el dueño de ella tendrá derecho para reclamar la cosa producida por la mezcla, pagando el precio de la materia restante.

Art. 699.—En todos los casos en que al dueño de una de las dos materias unidas no sea fácil reemplazarla por otra de la misma calidad, valor y aptitud, y pueda la primera separarse sin deterioro de lo demás, el dueño de ella, sin cuyo conocimiento se haya hecho la unión, podrá pedir la separación y entrega, a costa del que hizo uso de ella.

Art. 700.—En todos los casos en que el dueño de una materia de que se ha hecho uso sin su conocimiento, tenga derecho a la propiedad de la cosa en que ha sido empleada, lo tendrá igualmente para pedir que, en lugar de dicha materia, se le restituya otro tanto de la misma naturaleza, calidad y aptitud, o su valor en dinero.

Art. 701.—El que haya tenido conocimiento del uso que de una materia suya se hacía por otra persona, se presumirá haberlo consentido, y sólo tendrá derecho a su valor.

Art. 702.—El que haya hecho uso de una materia ajena, sin conocimiento del dueño, y sin justa causa de error, estará sujeto, en todos los casos, a perder lo suyo y a pagar lo que a más de esto valieren los perjuicios irrogados al dueño; fuera de la acción penal a que haya lugar, cuando ha procedido a sabiendas.

Si el valor de la obra excediere notablemente al de la materia, no tendrá lugar lo prevenido en el precedente inciso; salvo que se haya procedido a sabiendas.

§ 4º

De la accesión de las cosas muebles a inmuebles

Art. 703.—Si se edifica con materiales ajenos en suelo propio, el dueño del suelo se hará dueño de los materiales, por el hecho de incorporarlos en la construcción; pero estará obligado a pagar al dueño de los materiales su justo precio, u otro tanto de la misma naturaleza, calidad y aptitud.

Si por su parte no hubo justa causa de error, estará obligado al resarcimiento de perjuicios; y si ha procedido a sabiendas, quedará también sujeto a la acción penal a que haya lugar. Pero si el dueño de los materiales tuvo conocimiento del uso que se hacía de ellos, sólo habrá lugar a la disposición del inciso anterior.

La misma regla se aplica al que planta o siembra en suelo propio vegetales o semillas ajenas.

Mientras los materiales no están incorporados en la construcción, o los vegetales arraigados en el suelo, podrá reclamarlos al dueño..

Art. 704.—El dueño del terreno en que otra persona, sin su conocimiento, hubiere edificado, plantado o sembrado, tendrá el derecho de hacer suyo el edificio, plantación o sementera, mediante las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o mala fe en el Título **De la reivindicación**, o de obligar al que edificó o plantó, a pagarle el justo precio del terreno, con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder, y al que sembró a pagarle la renta y a indemnizarle los perjuicios.

Si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, quedará éste obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
SIB-UCE

TITULO VI

DE LA TRADICION

§ 1º

Disposiciones generales

Art. 705.—La **tradición** es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo, por una parte, la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra, la capacidad e intención de adquirirlo.

Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales.

Art. 706.—Se llama **tradente** la persona que por la tradición transfiere el dominio de la cosa entregada por él o a su nombre, y **adquirente** la persona que por la tradición adquiere el dominio de la cosa recibida por él o a su nombre.

Pueden entregar y recibir a nombre del dueño sus mandatarios, o sus representantes legales.

En las ventas forzadas que se hacen por decreto judicial, a petición de un acreedor, en pública subasta, la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente, y el juez su representante legal.

La tradición hecha por o a un mandatario debidamente autorizado, se entiende hecha por o al respectivo mandante.

Art. 707.—Para que la tradición sea válida debe ser hecha voluntariamente por el tradente o por su representante.

La tradición que al principio fue inválida por haberse hecho sin voluntad del tradente o de su representante, se valida retroactivamente por la ratificación del que tiene la facultad de enajenar la cosa como dueño o como representante del dueño.

Art. 708.—La tradición, para que sea válida, requiere también el consentimiento del adquiriente o de su representante..

Pero la tradición que en su principio fue inválida, por haber faltado este consentimiento, se valida retroactivamente por la ratificación.

Art. 709.— Para que sea válida la tradición en que intervienen mandatarios o representantes legales, se requiere, además, que éstos obren dentro de los límites de su mandato o de su representación legal.

Art. 710.—Para que valga la tradición se requiere un título translativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc.

Se requiere, además, que el título sea válido respecto de la persona a quien se confiere. Así, el título de donación irrevocable no transfiere el dominio entre cónyuges

Art. 711.—Se requiere también para la validez de la tradición que no se padezca error en cuanto a la identidad de la especie que debe entregarse, o de la persona a quien se le hace la entrega, ni en cuanto al título.

Si se yerra sólo en el nombre, es válida la tradición.

Art. 712.—El error en el título invalida la tradición; sea cuando una sola de las partes supone un título translativo de dominio, como cuando, por una parte, se tiene el ánimo de entregar a título de comodato, y por otra se tiene el ánimo de recibir a título de donación; o sea cuando por las dos partes se suponen títulos translativos de dominio, pero diferentes, como si, por una parte, se supone mutuo, y por otra donación.

Art. 713.—Si la tradición se hace por medio de mandatarios o representantes legales, el error de éstos la invalida.

Art. 714.—Si la Ley exige solemnidades especiales para la enajenación, no se transfiere sin ellas el dominio.

Art. 715.—La tradición puede transferir el dominio bajo condición suspensiva o resolutoria, con tal que se exprese.

Verificada la entrega por el vendedor, se transfiere el dominio de la cosa vendida, aunque no se haya pagado el precio, a menos que el vendedor se haya reservado el dominio hasta el pago, o hasta el cumplimiento de una condición.

Art. 716.—Se puede pedir la tradición de todo aquello que se deba, desde que no haya plazo pendiente para su pago; salvo que intervenga disposición judicial en contrario.

Art. 717.—Si el tradente no es verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada.

Pero si el tradente adquiere después el dominio, se entenderá haberse éste transferido desde el momento de la tradición.

Art. 718.—La tradición da al adquiriente, en los casos y del modo que las leyes señalan, el derecho de ganar por prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho.

De la tradición de las cosas corporales muebles

Art. 719.—La tradición de una cosa corporal mueble deberá hacerse significando una de las partes a la otra que le transfiere el dominio, y verificando esta transferencia por uno de elos medios siguientes:

1o.—Permitiéndole la aprehensión material de una cosa presente;

2o.—Mostrándosela;

3o.—Entregándole las llaves del granero, almacén, cofre o lugar cualquiera en que esté guardada la cosa;

4o.—Encargándose el uno de poner la cosa a disposición del otro, en el lugar convenido;

5o.—Por la venta, donación u otro título de enajenación conferido al que tiene la cosa mueble como usufructuario, arrendatario, comodatario, depositario, o a cualquier otro título no translativo de dominio, y recíprocamente por el mero contrato en que el dueño se constituye usufructuario, comodatario, arrendatario, etc.

Art. 720.—Cuando, con permiso del dueño de un predio, se toman en él piedras, frutos pendientes u otras cosas que forman parte del predio, la tradición se efectúa en el momento de la separación de estos objetos.

Aquél a quien se debieren los frutos de una sementera, viña o plantío, podrá entrar a cogerlos, fijándose el día y hora de común acuerdo con el dueño.

§ 3°

De las otras especies de tradición

Art. 721.—Se efectuará la tradición del dominio de bienes raíces por la inscripción del título en el libro correspondiente del Registrador de la Propiedad..

De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso, de habitación o de servidumbre constituídos en bienes raíces, y del derecho de hipoteca.

Acerca de la tradición de las minas se estará a lo prevenido en las leyes especiales respectivas.

Art. 722.—La inscripción del título de dominio y de cualquier otro de los derechos reales mencionados en el artículo precedente, se hará en el Registro del cantón en que esté situado el inmueble; y si éste, por su situación, pertenece a varios cantones, deberá hacerse la inscripción en el Registro de cada uno de ellos.

Si el título es relativo a dos o más inmuebles, deberá inscribirse en los Registros cantonales a que, por su situación, pertenecen los inmuebles.

Si por un acto de partición se adjudican a varias personas los inmuebles o parte de los inmuebles que antes se poseían pro indiviso, el acto de partición, en lo relativo a cada inmueble o cada parte adjudicada, se inscribirá en el cantón o cantones a que por su situación corresponda dicho inmueble o parte.

Art. 723.—En el momento de deferirse la herencia, la posesión de ella se confiere por el ministerio de la ley al heredero; pero esta posesión legal no habilita al heredero para disponer en manera alguna de un inmueble, mientras no preceda:

1o.—La inscripción del testamento, si lo hubiere;

2o.—Las inscripciones especiales prevenidas en los incisos 1o. y 2o. del artículo precedente. En virtud de ellas podrán los herederos disponer de consuno de los inmuebles hereditarios;

3o.—La inscripción especial prevenida en el inciso 3o. Sin ésta no podrá el heredero disponer por sí solo de los inmuebles hereditarios que en la partición le hayan cabido.

Art. 724.—Siempre que por una sentencia ejecutoriada se reconociere como adquirido por prescripción el dominio o cualquier otro de los derechos mencionados en los artículos 721 y siguientes, servirá de título esta sentencia, y se inscribirá en el respectivo Registro o Registros.

Art. 725.—Para efectuar la inscripción, se exhibirá al Registrador copia auténtica del título respectivo, y de la disposición judicial, en su caso.

La inscripción principiará por la fecha de este acto, y expresará la naturaleza y fecha del título, los nombres, apellidos y domicilios de las partes y la designación de la cosa, según todo ello aparezca en el título. Expresará, además, la oficina o archivo en que se guarde el título original, y terminará con la firma del Registrador.

Art. 726.—La inscripción de un testamento comprenderá la fecha de su otorgamiento; el nombre, apellidos y domicilio del testador; los nombres, apellidos y domicilios de los herederos o legatarios que la solicitaren, expresando sus cuotas, o los respectivos legados.

La inscripción de una sentencia o decreto comprenderá su fecha, la designación del tribunal o juzgado respectivo, y copia literal de la parte dispositiva.

La inscripción de un acto legal de partición comprenderá la fecha de este acto, el nombre y apellido del juez partidor, y la designación de las partes o hijuelas pertenecientes a los que la soliciten.

Las inscripciones antedichas se conformarán, en lo demás, a lo prevenido en el artículo precedente.

Art. 727.—Siempre que se transfiera un derecho que ha sido antes inscrito, se mencionará la precedente inscripción en la nueva.

Art. 728.—Para la transferencia, por donación o contrato entre vivos, del dominio de una finca que no ha sido antes inscrita, exigirá el Registrador constancia de haberse dado aviso de dicha transferencia al público por un periódico del cantón, si lo hubiere, y por carteles que se hayan fijado en tres de los parajes más frecuentados del cantón.

Se sujetarán a la misma regla la constitución o transferencia, por acto entre vivos, de los otros derechos reales mencionados en los artículos precedentes y que se refieran a inmuebles no inscritos.

Art. 729.—Si la inscripción se refiere a minutas o documentos que no se guardan en el registro o protocolo de una oficina pública, se guardarán

dichas minutas o documentos en el archivo del Registrador, bajo su custodia y responsabilidad, salvo lo que dispone la ley sobre documentos de crédito.

Art. 730.—La Ley de Registro e Inscripciones determina, en lo demás, los deberes y funciones del Registrador y la forma y solemnidades de las inscripciones.

Art. 731.—Los títulos cuya inscripción se prescribe en los artículos anteriores, no darán o transferirán la posesión efectiva del respectivo derecho, mientras la inscripción no se efectúe de la manera que en dichos artículos y reglamentos se ordena..

Art. 732.—La tradición de un derecho de servidumbre se efectuará por la inscripción de la escritura pública en que el tradente exprese constituírlo, y el adquirente aceptarlo. Esta escritura podrá ser la misma del acto o contrato.

Art. 733.—La tradición de los derechos personales que un individuo cede a otro, se efectúa por la entrega del título, hecha por el cedente al cesionario.

TITULO VII

DE LA POSESION

§ 1º

De la posesión y sus diferentes calidades

Art. 734.—**Posesión** es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño; sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o bien por otra persona en su lugar y a su nombre.

El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo.

Art. 735.—Se puede poseer una cosa por varios títulos.

Art. 736.—La posesión puede ser regular o irregular. Se llama posesión **regular** la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, aunque le buena fe no subsista después de adquirida la posesión. Se puede ser, por consiguiente, poseedor regular y poseedor de mala fe, como viceversa el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular.

Si el título es translativo de dominio, es también necesaria la tradición.

La posesión de una cosa a ciencia y paciencia del que se obligó a entregarla, hará presumir la tradición; a menos que ésta haya debido efectuarse por la inscripción del título.

Art. 737.—El justo título es constitutivo o translativo de dominio.

Son constitutivos de dominio la ocupación, la accesión y la prescripción.

Son translaticios de dominio los que, por su naturaleza, sirven para transferirlo como la venta, la permuta, la donación entre vivos.

Pertenecen a esta clase las sentencias de adjudicación en juicios divisorios, y los actos legales de partición.

Las sentencias judiciales sobre derechos litigiosos no forman nuevo título para legitimar la posesión.

Las transacciones, en cuanto se limitan a reconocer o declarar derechos preexistentes, no forman nuevo título; pero, en cuanto transfieren la propiedad de un objeto no disputado, constituyen un título nuevo.

Art. 738.—No es justo título:

1o.—El falsificado, esto es, no otorgado realmente por la persona que aparece como otorgante;

2o.—El conferido por una persona como mandatario o representante legal de otra, sin serlo;

3o.—El que adolece de un vicio de nulidad, como la enajenación que, debiendo ser autorizada por un representante legal o por el juez, no lo ha sido.

4o.—El meramente putativo, como el del heredero aparente que no es en realidad heredero; el del legatario cuyo legado ha sido revocado por acto testamentario posterior, etc.

Sin embargo, al heredero putativo a quien, por disposición judicial, se haya dado la posesión efectiva, servirá aquélla de justo título, como al legatario putativo el correspondiente acto testamentario que haya sido judicialmente reconocido.

Art. 739.—La validación del título que en su principio fue nulo, efectuada por la ratificación o por otro medio legal, se retrotrae a la fecha en que fue conferido el título.

Art. 740.—La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de cualquier otro vicio.

Así, en los títulos translativos de dominio la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla, y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato.

Es justo error, en materia de hecho, no se opone a la buena fe.

Pero el error, en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario.

Art. 741.—La buena fe se presume, excepto en los casos en que la Ley establece la presunción contraria.

En todos los demás la mala fe deberá probarse.

Art. 742.—Posesión irregular es la que carece de uno o más de los requisitos señalados en el Art. 736.

Art. 743.—Son posesiones viciosas la violenta y la clandestina.

Art. 744.—Posesión violenta es la que se adquiere por la fuerza..

La fuerza puede ser actual o inminente.

Art. 745.—El que, en ausencia del dueño, se apodera de la cosa, y volviendo el dueño le repele, es también poseedor violento.

Art. 746.—Hay violencia, sea que se haya empleado contra el verdadero dueño de la cosa, o contra el que la poseía sin serlo, o contra el que la tenía en lugar o a nombre de otro.

Lo mismo es que la violencia se ejecute por una persona o por sus agentes, y que se ejecute con su consentimiento, o que después de ejecutada se ratifique expresa o tácitamente.

Art. 747.—Posesión clandestina es la que se ejerce ocultándola a los que tienen derecho para oponerse a ella.

Art. 748.—Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor prendario, el

secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene el derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada, o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenecen.

Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno.

Art. 749.—La posesión de las cosas incorporales es susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión de una cosa corporal.

Art. 750.—El simple lapso no muda la mera tenencia en posesión; salvo el caso del Art. 2434, regla 4ª.

Art. 751.—La posesión del sucesor comienza en él, ora suceda a título universal o singular; a menos que quiera añadir la de su antecesor a la suya; pero, en tal caso, se la apropia con sus calidades y vicios.

Podrá agregarse, en los mismos términos, a la posesión propia la de una serie no interrumpida de antecesores.

Art. 752.—Cada uno de los partícipes de una cosa que se poseía **pro indiviso** se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo de la indivisión.

Podrá, pues, añadir este tiempo al de su posesión exclusiva, y las enajenaciones que haya hecho, por sí solo, de la cosa común, y los derechos reales con que la haya gravado, subsistirán sobre dicha parte, si hubiere sido comprendida en la enajenación o gravamen. Pero si lo enajenado o gravado se extendiere a más, no subsistirá la enajenación o gravamen, en cuanto al exceso, contra la voluntad de los respectivos adjudicatarios.

Art. 753.—Si se ha empezado a poseer a nombre propio, se presume que esta posesión ha continuado hasta el momento en que se alega..

Si se ha empezado a poseer a nombre ajeno, se presume igualmente la continuación del mismo orden de cosas.

Si alguno prueba haber poseído anteriormente, y posee actualmente, se presume la posesión en el tiempo intermedio.

Art. 754.—La posesión puede tomarse, no sólo por el que trata de adquirirla para sí, sino por su mandatario, o por sus representantes legales.

§ 2º

De los modos de adquirir y perder la posesión

Art. 755.—Si un individuo toma la posesión de una cosa en lugar o a nombre de otro, de quien es mandatario o representante legal, la posesión del mandante o representado principia en el mismo acto, aun sin su conocimiento..

Si el que toma la posesión a nombre de otro, no es su mandatario ni representante, no poseerá sino en virtud de su conocimiento y aceptación; pero se retrotraerá su posesión al momento en que fue tomada a su nombre.

Art. 756.—La posesión de la herencia se adquiere desde el momento en que es deferida, aunque el heredero lo ignore.

El que válidamente repudia una herencia se entiende no haberla poseído jamás.

Art. 757.—Los que no pueden administrar libremente lo suyo, no necesitan de autorización alguna para adquirir la posesión de una cosa mueble, con tal que concurran en ello la voluntad y la aprehensión material o legal; pero no pueden ejercer los derechos de poseedores sino con la autorización que competa.

Los dementes y los infantes son incapaces de adquirir por su voluntad la posesión, sea para sí mismos o para otros.

Art. 758.—Si la cosa es de aquellas cuya tradición deba hacerse por inscripción en el correspondiente libro del Registrador de la Propiedad, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio..

Art. 759.—El poseedor conserva la posesión, aunque transfiera la tenencia de la cosa, dándola en arriendo, comodato, prenda, depósito, usufructo o a cualquier otro título no translativo de dominio.

Art. 760.—Se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya; menos en los casos que las leyes expresamente exceptúan.

Art. 761.—La posesión de la cosa mueble no se entiende perdida mientras se halla bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero.

Art. 762.—Para que cese la posesión inscrita es necesario que la inscripción se cancele, sea por voluntad de las partes, o por una nueva inscripción en que el poseedor por título inscrito transfiere su derecho a otro, o por decisión judicial.

Mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella, ni da fin a la posesión existente.

Art. 763.—Si alguno, dándose por dueño, se apodera violenta o clandestinamente de un inmueble cuyo título no está inscrito, el que tenía la posesión la pierde.

Art. 764.—Si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de otro, la usurpa, dándose por dueño de ella, no se pierde por una parte la posesión, ni se ad-

quiere por otra; a menos que el usurpador enajene a su propio nombre la cosa. En este caso la persona a quien se enajena adquiere la posesión de la cosa, y da fin a la posesión anterior.

Con todo, si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de un poseedor por título inscrito, se da por dueño de ella y la enajena, no se pierde por una parte la posesión, ni se adquiere por otra, sin la competente inscripción.

Art. 765.—El que recupera legalmente la posesión perdida, se entenderá haberla tenido durante todo el tiempo intermedio.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

TITULO VIII

DE LAS LIMITACIONES DEL DOMINIO, Y PRIMERAMENTE DE LA PROPIEDAD FIDUCIARIA

Art. 766.—El dominio puede ser limitado:

1o.—Por haber de pasar a otra persona, en virtud de una condición;

2o.—Por el gravamen de un usufructo, uso o habitación, a que una persona tenga derecho en las cosas que pertenecen a otra;

3o.—Por la constitución del patrimonio familiar; y,

4o.—Por las servidumbres.

Art. 767.—Se llama **propiedad fiduciaria** la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición.

La constitución de la propiedad fiduciaria se llama **fideicomiso.**

Este nombre se da también a la cosa constituída en propiedad fiduciaria.

La traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituído el fideicomiso, se llama **restitución.**

Art. 768.—No puede constituirse fideicomiso, sino sobre la totalidad de una herencia, o sobre una cuota determinada de ella, o sobre uno o más cuerpos ciertos.

Art. 769.—Los fideicomisos no pueden constituirse sino por acto entre vivos, otorgado en instrumento público, o por acto testamentario.

La constitución de todo fideicomiso que comprenda o comprometa un inmueble, deberá inscribirse en el competente Registro.

Art. 770.—Una misma propiedad puede constituirse en usufructo a favor de una persona, y en fideicomiso a favor de otra.

Art. 771.—El fideicomisario puede ser persona que al tiempo de deferirse la propiedad fiduciaria no existe, pero cuya existencia se espera..

Art. 772.—El fideicomiso supone siempre la condición expresa o tácita de existir el fideicomisario o su sustituto, a la época de la restitución.

A esta condición de existencia pueden agregarse otras, copulativa o disyuntivamente.

Art. 773.—Toda condición de que penda la restitución de un fideicomiso, y que tarde más de quince años en cumplirse, se tendrá por fallida, a menos que la muerte del fiduciario sea el evento de que penda la restitución.

Art. 774.—Las disposiciones a día que no equivalgan a condición, según las reglas del Título **De las asignaciones testamentarias,** 3o., no constituyen fideicomiso.

Art. 775.—El que constituye un fideicomiso puede nombrar no sólo uno, sino dos o más fiduciarios, y dos o más fideicomisarios.

Art. 776.—El constituyente puede dar al fideicomisario los sustitutos que quiera, para el caso que deje de existir antes de la restitución, por fallecimiento u otra causa..

Estas sustituciones pueden ser de diferentes grados, sustituyéndose una persona al fideicomisario nombrado en primer lugar, otra al primer sustituto, otra al segundo, etc.

Art. 777.—No se reconocerán otros sustitutos que los designados expresamente en el respectivo acto entre vivos o testamento.

Art. 778.—Se prohibe constituir dos o más fideicomisos sucesivos, de manera que restituído el fideicomiso a una persona, lo adquiera ésta con el gravamen de restituirlo eventualmente a otra.

Si de hecho se constituyeren, adquirido el fideicomiso por uno de los fideicomisarios nombrados, se extinguirá para siempre la expectativa de los otros.

Art. 779.—Si se nombran uno o más fideicomisarios de primer grado y cuya existencia haya de aguardarse en conformidad al Art. 771, se restituirá la totalidad del fideicomiso en el debido tiempo a los fideicomisarios que existan; y los otros entrarán al goce de él a medida que se cumpla, respecto de cada uno, la condición impuesta.. Pero, expirado el plazo prefijado en el Art. 773, no se dará lugar a ningún otro fideicomisario.

Art. 780.—Cuando en la constitución del fideicomiso no se designe expresamente el fiduciario, o cuando falte por cualquiera causa el fiduciario designado, estando todavía pendiente la condición, gozará fiduciariamente de la propiedad el mismo constituyente, si viviere, o sus herederos.

Art. 781.—Si se dispusiere que mientras pende la condición se reserven los frutos para la persona que, en virtud de cumplirse o faltar la condición, adquiera la propiedad absoluta, el que haya de administrar los bienes será un tenedor fiduciario que sólo tendrá las facultades de los curadores de bienes.

Art. 782.—Siendo dos o más los propietarios fiduciarios, habrá entre ellos derecho de acrecer, según lo dispuesto para el usufructo en el Art. 812, inciso 1o.

Art. 783.—La propiedad fiduciaria puede enajenarse entre vivos y transmitirse por causa de muerte; pero, en uno y otro caso, con el cargo de mantenerla indivisa y sujeta al gravamen de restitución, bajo las mismas condiciones que antes.

No será, sin embargo, enajenable entre vivos, cuando el constituyente haya prohibido la enajenación; ni transmisible por testamento o abintestato

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA U.C.
BIBLIOTECA

cuando el día prefijado para la restitución es el de la muerte del fiduciario; y en este segundo caso, si el fiduciario la enajena en vida, será siempre su muerte lo que determine el día de la restitución.

Art. 784.—Cuando el constituyente haya dado la propiedad fiduciaria a dos o más personas, según el Art. 775, o cuando los derechos del fiduciario se transfieran a dos o más personas, según el artículo precedente, podrá el juez, a petición de cualquiera de ellas, confiar la administración a la que diere mejores seguridades de conservación.

Art. 785.—Si una persona reuniere en sí el carácter de fiduciario de una cuota, y dueño absoluto de otra, ejercerá sobre ambas los derechos de fiduciario, mientras la propiedad permanezca indivisa; pero podrá pedir la división.

Intervendrán en ella las personas designadas en el Art. 793.

Art. 786.—El propietario fiduciario, tiene, sobre las especies que puede ser obligado a restituir, los derechos y cargas del usufructuario, con las modificaciones que en los siguientes artículos se expresan.

Art. 787.—No está obligado a prestar caución de conservación y restitución, sino en virtud de sentencia de juez, que así lo ordene, como providencia conservatoria, solicitada en conformidad al Art. 793.

Art. 788.—Está obligado a todas las expensas extraordinarias para la conservación de la cosa, incluso el pago de las deudas y de las hipotecas a que estuviere afecta; pero, llegado el caso de la restitución, tendrá derecho a que previamente se le paguen por el fideicomisario dichas expensas, reducidas a lo que con mediana inteligencia y cuidado debieron costar, y con las rebajas que van a expresarse:

1ª—Si se han invertido en obras materiales, como diques, puentes, paredes, no se le pagará, en razón de estas obras, sino lo que valgan al tiempo de la restitución.

2ª—Si se han invertido en objetos inmateriales, como el pago de una hipoteca, o las costas de un pleito que no hubiera podido dejar de sostenerse sin comprometer los derechos del fideicomisario, se rebajará de lo que hayan costado estos objetos una décima parte por cada año de los que desde entonces hubieren transcurrido hasta el día de la restitución; y si hubieren transcurrido más de diez, nada se deberá por esta causa.

Art. 789.—En cuanto a la imposición de hipotecas, servidumbres, y cualquier otro gravamen, los bienes que fiduciariamente se posean se asimilarán a los bienes de la persona que vive bajo tutela o curaduría, y las facultades del fiduciario a las del tutor o curador. Impuestos dichos gravámenes sin previa autorización judicial con conocimiento de causa, y con audiencia de los que según el Art. 793 tengan derecho para solicitar providencias conservatorias, no estará obligado el fideicomisario a reconocerlos.

Art. 790.—Por lo demás, el fiduciario tiene la libre administración de las especies comprendidas en el fideicomiso y podrá mudar su forma; pero conservando su integridad y valor.

Será responsable de los menoscabos y deterioros que provengan de su hecho o culpa.

Art. 791.—El fiduciario no tendrá derecho a reclamar cosa alguna en razón de mejoras no necesarias, salvo en cuanto lo haya pactado con el fideicomisario a quien se haga la restitución; pero podrá oponer en compensación el aumento de valor que las mejoras hayan producido en las especies, hasta concurrencia de la indemnización que debiere.

Art. 792.—Si por la constitución del fideicomiso se concede expresamente al fiduciario el derecho de gozar de la propiedad a su arbitrio, no será responsable de ningún deterioro.

Si se le concede además la libre disposición de la propiedad, el fideicomisario tendrá sólo el derecho de reclamar lo que exista al tiempo de la restitución.

Art. 793.—El fideicomisario, mientras pende la condición, no tiene derecho ninguno sobre el fideicomiso, sino la simple expectativa de adquirirlo.

Podrá, sin embargo, solicitar las providencias conservatorias que le convengan, si la propiedad pareciere peligrar o deteriorarse en manos del fiduciario.

Tendrán el mismo derecho los ascendientes del fideicomisario que todavía no existe y cuya existencia se espera; los personeros de las corporaciones y fundaciones interesadas; y si el fideicomiso fuere a favor de un establecimiento de caridad, el respectivo personero.

Art. 794.—El fideicomisario que fallece antes de la restitución no transmite, por testamento o abintestato, derecho alguno sobre el fideicomiso, ni aun la simple expectativa, que pasa **ipso jure** al sustituto o sustitutos designados por el constituyente, si los hubiere.

Art. 795.—El fideicomiso se extingue:

1º—Por la restitución;

2º—Por la resolución del derecho de su autor, como cuando se ha constituído el fideicomiso sobre una cosa que se ha comprado con pacto de retroventa, y se verifica ésta;

3º—Por la destrucción de la cosa en que está constituído, conforme a lo prevenido respecto al usufructo en el Art. 839.

4º—Por la renuncia del fideicomisario antes del día de la restitución; sin perjuicio de los derechos de los sustitutos;

5º—Por faltar la condición o no haberse cumplido en tiempo hábil; y,

6º—Por confundirse la calidad de único fideicomisario con la de único fiduciario.

TITULO IX

EL DERECHO DE USUFRUCTO

Art. 796.—El **derecho de usufructo** es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa, con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de devolver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible.

Art. 797.—El usufructo supone necesariamente dos derechos coexistentes, el del **nudo propietario** y el del **usufructuario.**

Tiene, por consiguiente, una duración limitada, al cabo de la cual pasa al nudo propietario, y se consolida con la propiedad.

Art. 798.—El derecho de usufructo se puede constituir:

1o.—Por la ley, como el del padre de familia sobre ciertos bienes del hijo;

2o.—Por testamento;

3o.—Por donación, venta u otro acto entre vivos; y,

4o.—Se puede también adquirir un usufructo por prescripción.

Art. 799.—El usufructo que haya de recaer sobre inmuebles, por acto entre vivos, no valdrá si no se otorgare por instrumento público inscrito.

Art. 800.—Se prohibe constituir usufructo bajo una condición o a un plazo cualquiera que suspenda su ejercicio.. Si de hecho se constituyere, no tendrá valor alguno.

Con todo, si el usufructo se constituyere por testamento, y la condición se hubiere cumplido, o el plazo hubiere expirado antes del fallecimiento del testador, valdrá el usufructo.

Art. 801.—Se prohibe constituir dos o más usufructos sucesivos o alternativos.

Si de hecho se constituyeren, los usufructuarios posteriores se considerarán como sustitutos, para el caso de faltar los anteriores antes de deferirse el primer usufructo.

El primer usufructo que tenga efecto hará caducar los otros, pero no durará sino por el tiempo que le estuviere designado.

Art. 802.—El usufructo podrá constituirse por tiempo determinado o por toda la vida del usufructuario.

Cuando en la constitución del usufructo no se fija tiempo alguno para su duración, se entenderá constituído por toda la vida del usufructuario.

El usufructo constituído a favor de una corporación o fundación cualquiera, no podrá pasar de treinta años.

Art. 803.—Al usufructo constituído por tiempo determinado o por toda la vida del usufructuario, según los artículos precedentes, podrá agregarse una condición, verificada la cual se consolide con la propiedad.

Si la condición no se cumpliere antes de la expiración de dicho tiempo o antes de la muerte del usufructuario, según los casos, se mirará como no escrita.

Art. 804.—Se puede constituir un usufructo a favor de dos o más personas, que lo tengan simultáneamente por igual, o según las cuotas determinadas por el constituyente; y podrán, en este caso, los usufructuarios dividir entre sí el usufructo, de cualquier modo que de común acuerdo les pareciere.

Art. 805.—La nuda propiedad puede transferirse por acto entre vivos, y transmitirse por causa de muerte.

El usufructo es intransmisible por testamento o abinestato.

Art. 806.—El usufructuario está obligado a recibir la cosa en que está constituído el usufructo en el estado en que al tiempo de la delación se encuentre, y tendrá derecho para ser indemnizado de todo menoscabo o deterioro que la cosa haya sufrido desde entonces en poder y por culpa del propietario.

Art. 807.—El usufructuario no podrá tener la cosa que es objeto del usufructo sin haber prestado caución suficiente de conservación y restitución, y sin previo inventario solemne a su costa, como el de los curadores de bienes.

Pero tanto el que constituye el usufructo como el propietario podrán exonerar de la caución al usufructuario.

No está obligado a ella el donante que se reserva el usufructo de la cosa donada.

La caución del usufructuario de cosas fungibles se reducirá a la obligación de restituir otras tantas del mismo género y calidad, o el valor que tuvieren al tiempo de la restitución.

Art. 808.—Mientras el usufructuario no rinda la caución a que está obligado, y se termine el inventario, tendrá el propietario la administración, con cargo de dar el valor líquido de los frutos al usufructuario.

Art. 809.—Si el usufructuario no rinde la caución a que está obligado, dentro de un plazo equitativo, señalado por el juez a instancia del propietario, se dará la administración a éste, con cargo de pagar al usufructuario el valor líquido de los frutos, deducida la suma que el juez prefijare por el trabajo y cuidados de la administración.

Podrá, en el mismo caso, tomar en arriendo la cosa en que está constituído el usufructo, o tomar prestados a interés los dineros objeto del usufructo, de acuerdo con el usufructuario.

Podrá también, de acuerdo con el usufructuario, arrendar la cosa y dar los dineros a interés.

Podrá también, de acuerdo con el usufructuario, comprar o vender las cosas fungibles, y tomar o dar prestados a interés los dineros que de ello provengan.

Los muebles comprendidos en el usufructo, que fueren necesarios para el uso personal del usufructuario y de su familia, le serán entregados bajo juramento de restituir las especies o sus respectivos valores, tomándose en cuenta el deterioro proveniente del tiempo y del uso legítimo.

El usufructuario podrá, en todo tiempo, reclamar la administración, prestando la caución a que está obligado.

Art. 810.—El propietario cuidará de que se haga el inventario con la debida especificación, y no podrá después tacharlo de inexacto o de incompleto.

Art. 811.—No es lícito al propietario hacer cosa alguna que perjudique al usufructuario en el ejercicio de sus derechos, a no ser con el consentimiento formal del usufructuario.

Si quiere hacer reparaciones necesarias, podrá el usufructuario exigir que se hagan en un tiempo razonable y con el menor perjuicio posible del usufructo.

Si transfiere o transmite la propiedad, será con la carga del usufructo constituído en ella, aunque no lo exprese..

Art. 812.—Siendo dos o más los usufructuarios, habrá entre ellos derecho de acrecer, y durará la totalidad del usufructo hasta la expiración del derecho del último de los usufructuarios.

Lo cual se entiende si el constituyente no hubiere dispuesto que, terminado un usufructo parcial, se consolide con la propiedad.

Art. 813.—El usufructuario de una cosa inmueble tiene el derecho de percibir todos los frutos naturales, inclusos los pendientes al tiempo de deferirse el usufructo.

Recíprocamente, los frutos que aún estén pendientes a la terminación del usufructo pertenecerán al propietario.

Art. 814.—El usufructuario de una heredad goza de todas las servidumbres activas constituídas a favor de ella, y está sujeto a todas las servidumbres pasivas constituídas en ella.

Art. 815.—El goce del usufructuario de una heredad se extiende a los bosques y arbolados, pero con el cargo de conservarlos en su ser, reponiendo los árboles que derribe, y respondiendo de su menoscabo, en cuanto no dependa de causas naturales o accidentes fortuitos.

Art. 816.—Si la cosa dada en usufructo comprende minas y canteras en actual laboreo, podrá el usufructuario aprovecharse de ellas; y no será res-

ponsable de la disminución de productos que en consecuencia sobrevenga, con tal que haya observado las disposiciones de la ordenanza respectiva.

Art. 817.—El usufructo de una heredad se extiende a los aumentos que ella reciba por aluvión o por otras accesiones naturales.

Art. 818.—El usufructuario no tiene sobre los tesoros que se descubran en el suelo que usufructúa, el derecho que la ley concede al propeitario del suelo.

Art. 819.—El usufructuario de cosa mueble tiene el derecho de servirse de ella según su naturaleza y destino; y al fin del usufructo no está obligado a restituirla sino en el estado en que se halle, respondiendo solamente de las pérdidas o deterioros que provengan de su dolo o culpa.

Art. 820.—El usufructuario de ganados o rebaños está obligado a reponer los animales que mueren o se pierden, pero sólo con el incremento natural de los mismos ganados o rebaños; salvo que la muerte o pérdida fueren imputables a hecho o culpa suyos, pues, en este caso, deberá indemnizar al propietario.

Si el ganado o rebaño perece en todo o en gran parte, por efecto de una epidemia u otro caso fortuito, el usufructuario no estará obligado a reponer los animales perdidos, y cumplirá con entregar los despojos que hayan podido salvarse.

Art. 821.—Si el usufructo se constituye sobre cosas fungibles, el usufructuario se hace dueño de ellas, y el propietario se hace meramente acreedor a la entrega de otras especies de igual cantidad y calidad, o del valor que éstas tengan al tiempo de terminarse el usufructo.

Art. 822.—Los frutos civiles pertenecen al usufructuario, día por día.

Art. 823.—Lo dicho en los artículos precedentes se entenderá sin perjuicio de las convenciones que sobre la materia se celebren entre el nudo propietario y el usufructuario, o de las ventajas que en la constitución del usufructo se hayan concedido expresamente al nudo propietario o al usufructuario.

Art. 824.—El usufructuario está obligado a respetar los arriendos de la cosa, contratados por el propietario antes de constituirse el usufructo por acto entre vivos, o de fallecer la persona que lo ha constituído por testamento.

Pero sucede en la percepción de la renta o pensión desde que principie el usufructo.

Art. 825.—El usufructuario puede dar en arriendo el usufructo, y cederlo a quienquiera, a título oneroso o gratuito.

Cedido el usufructo a un tercero, el cedente permanece siempre directamente responsable al propietario.

Pero no podrá el usufructuario arrendar ni ceder el usufructo, si se lo hubiese prohibido el constituyente; a menos que el propietario le releve de la prohibición.

El usufructuario que contraviniere a esta disposición perderá el derecho de usufructo.

Art. 826.—Aun cuando el usufructuario tenga la facultad de dar el usufructo en arriendo o cederlo a cualquier título, todos los contratos que al efecto haya celebrado se resolverán al fin del usufructo.

El propietario, sin embargo, concederá al arrendatario o cesionario el tiempo que necesite para la próxima percepción de frutos; y por ese tiempo quedará sustituído al usufructuario en el contrato.

Art. 827.—Corresponden al usufructuario todas las expensas ordinarias de conservación y cultivo.

Art. 828.—Serán de cargo del usufructuario los cánones, pensiones, y en general las cargas periódicas con que de antemano haya sido gravada la cosa y que durante el usufructo se devenguen. No es lícito al nudo propietario imponer cargas nuevas sobre ella, en perjuicio del usufructo.

Corresponde asimismo al usufructuario el pago de los impuestos periódicos fiscales y municipales que la graven durante el usufructo, en cualquier tiempo que se hayan establecido.

Si por no hacer el usufructuario estos pagos los hiciere el propietario, o se enajenare o embargare la cosa dada en usufructo, deberá el primero indemnizar de todo perjuicio al segundo..

Art. 829.—Las obras o refecciones mayores, necesarias para la conservación de la cosa, serán de cargo del propietario, pagándole el usufructuario, mientras dure el usufructo, el interés legal de los dineros invertidos en ellas.

El usufructuario hará saber al propietario las obras y refecciones mayores que exija la conservación de la cosa que es objeto del usufructo.

Si el propietario rehusa o retarda el desempeño de estas cargas, podrá el usufructuario, para libertar la cosa y conservar el usufructo, hacerlas a su costa, y el propietario se las reembolsará sin interés.

Art. 830.—Se entiende por obras o refecciones mayores las que ocurren por una vez o a largos intervalos de tiempo, y que conciernen a la conservación y permanente utilidad de la cosa en que está constituído el usufructo.

Art. 831.—Si un edificio viene todo a tierra, por vejez o por caso fortuito, ni el propietario ni el usufructuario están obligados a reponerlo.

Art. 832.—El usufructuario podrá retener la cosa dada en usufructo hasta el pago de los reembolsos e indemnizaciones a que, según los artículos precedentes, está obligado el propietario.

Art. 833.—El usufructuario no tiene derecho a pedir cosa alguna por las mejoras que voluntariamente haya hecho en la cosa que es objeto del usufructo; pero le será lícito alegarlas en compensación por el valor de los deterioros que se le puedan imputar, o llevarse los materiales, si puede separarlos sin detrimento de la cosa, y el propietario no le abona lo que valdrían después de separados.

La cual se entiende sin perjuicio de las convenciones que se hayan celebrado entre el usufructuario y el propietario relativamente a mejoras, o de lo que sobre esta materia se haya previsto en la constitución del usufructo.

Art. 834.—El usufructuario es responsable no sólo de sus propios hechos u omisiones, sino de los hechos ajenos a que su negligencia haya dado lugar.

Por consiguiente, es responsable de las servidumbres que, por su tolerancia, haya dejado adquirir sobre el predio dado en usufructo y del perjuicio que las usurpaciones cometidas en la cosa en que está constituído, hayan causado al dueño, si no las ha denunciado al propietario oportunamente, pudiendo.

Art. 835.—Los acreedores del usufructuario pueden pedir que se le embargue el usufructo y se les pague con él hasta el valor de sus créditos, prestando la competente caución de conservación y restitución a quien corresponda.

Podrán, por consiguiente, oponerse a toda cesión o renuncia del usufructo, hecha en fraude de sus derechos.

Art. 836.—El usufructo se extingue generalmente por la llegada del día o el cumplimiento de la condición prefijados para su terminación.

Si el usufructo se ha constituído hasta que una persona distinta del usufructuario llegue a cierta edad, y esa persona fallece antes, durará dicho usufructo hasta el día en que esa persona hubiera cumplido esa edad, si hubiese vivido.

Art. 837.—En la duración legal del usufructo se cuenta aun el tiempo en que el usufructuario no ha gozado de él, por ignorancia o despojo o cualquiera otra causa.

Art. 838.—El usufructo se extingue también:

Por la muerte del usufructuario, aunque ocurra antes del día o condición prefijados para su terminación;

Por la resolución del derecho del constituyente, como cuando se ha constituído sobre una propiedad fiduciaria, y llega el caso de la restitución;

Por consolidación del usufructo con la propiedad;

Por prescripción; y,

Por la renuncia del usufructuario.

Art. 839.—El usufructo se extingue por la destrucción completa de la cosa en que está constituído. Si sólo se destruye una parte, subsiste el usufructo en lo restante.

Si todo el usufructo está reducido a un edificio, cesará para siempre por la destrucción completa de éste, y el usufructuario no conservará derecho alguno sobre el suelo.

Pero si el edificio destruído pertenece a una heredad, el usufructuario de ésta conservará su derecho sobre toda ella.

Art. 840.—Si una heredad dada en usufructo se inunda, y las aguas se retiran después, revivirá el usufructo por el tiempo que falte para su terminación.

Art. 841.—El usufructo termina, en fin, por sentencia de juez que, a instancia del propietario, lo declara extinguido, por haber faltado el usufructuario a sus obligaciones en materia grave, o por haber causado daños o deterioros considerables a la cosa en que está constituído el usufructo.

El juez, según la gravedad del caso, podrá ordenar, o que cese absolutamente el usufructo, o que vuelva al propietario la cosa, con cargo de pagar al usufructuario una pensión anual determinada, hasta la terminación del usufructo.

Art. 842.—El usufructo legal de los padres sobre ciertos bienes del hijo que está bajo patria potestad, y el de la sociedad conyugal en los bienes de los cónyuges, están sujetos a las reglas especiales del Título **De la patria potestad** y del Título **De la sociedad conyugal.**

TITULO X

DE LOS DERECHOS DE USO Y DE HABITACION

Art. 843.—El **derecho de uso** es un derecho real que consiste, generalmente, en la facultad de gozar de una parte limitada de las utilidades y productos de una cosa.

Si se refiere a una casa y a la utilidad de morar en ella, se llama **derecho de habitación.**

Art. 844.—Los derechos de uso y habitación se constituyen y pierden de la misma manera que el usufructo.

Art. 845.—Ni el usuario, ni el habitador estarán obligados a prestar caución.

Pero el habitador está obligado a formar inventario; y la misma obligación se extenderá al usuario, si el uso se constituye sobre cosas que deban restituírse en especie.

Art. 846.—La extensión con que se concede el derecho de uso o de habitación se determina por el título que lo constituye; y a falta de esta determinación en el título, se regla por los artículos siguientes.

Art. 847.—El uso y la habitación se limitan a las necesidades personales del usuario o del habitador.

En las necesidades personales del usuario o del habitador se comprenden las de su familia.

La familia comprende la mujer y los hijos, tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después; y esto, aun cuando el usuario o habitador no estén casados, ni hayan reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución.

Comprende, asimismo, el número de sirvientes necesarios para la familia.

Comprende, además, las personas que a la misma fecha vivían con el habitador o usuario, y a costa de éstos; y las personas a quienes éstos deben alimentos.

Art. 848.—En las necesidades personales del usuario o del habitador no se comprenden las de la industria o tráfico en que se ocupan.

Así, el usuario de animales no podrá emplearlos en el acarreo de los objetos en que trafica, ni el habitador servirse de la casa para tiendas o almacenes.

A menos que la cosa en que se concede el derecho, por su naturaleza y uso ordinario, y por su relación con la profesión o industria del que ha de ejercerlo, aparezca destinado a servirle en ellas.

Art. 849.—El usuario de una heredad tiene solamente derecho a los objetos comunes de alimentación y combustible, no a los de una calidad superior; y está obligado a recibirlos del dueño, o a tomarlos con su permiso.

Art. 850.—El usuario y el habitador deben usar de los objetos comprendidos en sus respectivos derechos con la moderación y cuidado propios de un buen padre de familia; y están obligados a contribuir a las expensas ordinarias de conservación y cultivo, a prorrata del beneficio que reporten.

Esta última obligación no se extiende al uso o la habitación que se dan caritativamente a personas necesitadas.

Art. 851.—Los derechos de uso y habitación son intransmisibles a los herederos, y no pueden cederse a ningún título, prestarse ni arrendarse.

Ni el usuario ni el habitador pueden arrendar, prestar o enajenar objeto alguno de aquellos a que se extiende el ejercicio de su derecho.

Pero bien pueden dar los frutos que les es lícito consumir en sus necesidades personales.

TITULO XI

DEL PATRIMONIO FAMILIAR

Art. 852.—El marido, la mujer o ambos conjuntamente, si son mayores de edad, tienen derecho de constituir, con bienes raíces de su exclusiva propiedad, un patrimonio para sí y en beneficio de sus descendientes, quedando aquellos bienes excluídos del régimen ordinario de la sociedad conyugal y de toda acción de los acreedores.

Art. 853.—Si los inmuebles pertenecieren al haber social, será necesario que intervengan, de común acuerdo, ambos cónyuges, quienes podrán hacer extensivo dicho patrimonio a los hijos, sean de uno de ellos o de ambos.

Podrá también instituírse un patrimonio familiar sobre bienes propios de cualquiera de los cónyuges, a favor de sus hijos.

Art. 854.—También podrá una persona viuda, divorciada o célibe constituir un patrimonio familiar en beneficio suyo o de sus hijos.

Art. 855.—Los beneficiarios y el instituyente del patrimonio familiar, en su caso, tendrán derecho a vivir en la casa, cultivar el campo y aprovechar en común los frutos del inmueble.

El acto constitutivo del patrimonio familiar no significa enajenación, sino tan sólo limitación del dominio.

Art. 856.—Los bienes que forman el patrimonio familiar son inalienables y no están sujetos a embargo ni a gravamen real, excepto el de las servidumbres preestablecidas y el de las que llegaren a ser forzosas y legales..

Art. 857.—Tampoco podrán dichos bienes ser objeto de división, comodato, sociedad, renta vitalicia, ni anticresis, sino de acuerdo con este Título.

Art. 858.—En los casos de necesidad o conveniencia, calificados por el juez, previo conocimiento de causa y audiencia del ministerio público, podrá el instituyente dar en arriendo o en aparcería los inmuebles que formen el patrimonio.

El ministerio público se cerciorará de la necesidad y conveniencia del acto, bajo su más estricta responsabilidad.

Art. 859.—Corresponde a los cónyuges la administración del patrimonio familiar, si ambos lo han constituído, siguiendo reglas análogas a las de la administración de la sociedad conyugal.

En caso de muerte o de impedimento legal de uno de los cónyuges, le reemplazará el otro, y a falta de ambos, el administrador que nombraren los beneficiarios mayores de edad y el curador o curadores que, de acuerdo con las leyes, representaren a los menores beneficiarios.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR SIB-UCE

En todo caso, el usufructo aprovechará en común al instituyente y a los beneficiarios. Si hubiere disconformidad respecto de la administración, resolverá el juez, siguiendo el trámite del juicio verbal sumario.

El divorcio de los cónyuges instituyentes no se inscribirá en el Registro Civil, sino cuando hubiesen acordado, entre ellos, la administración del patrimonio familiar, aprobado por el juez, con conocimiento de causa y audiencia del ministerio público.

La administración del patrimonio familiar instituído por un célibe, corresponderá a la persona que designare el instituyente, quien podrá designarse a sí mismo. Con todo, en cuanto al aprovechamiento de frutos se estará a lo dispuesto en el inciso 3o. del presente artículo.

Puede el juez nombrar administrador cuando la mayoría de los que deben aprovechar de la cosa común, así lo determinare.

Art. 860.—La cuantía de los bienes que integren el patrimonio familiar, no puede exceder de trescientos mil sucres, como base, y de un adicional de veinte y cinco mil sucres por cada hijo.

La cuantía del patrimonio familiar establecida por leyes especiales se imputará a las sumas fijadas en el inciso anterior.

Art. 861.—Para la validez del acto se requiere:

1o.—Autorización del juez competente; y,

2o.—Que la escritura de constitución del patrimonio familiar, en la que se deberá insertar la sentencia del juez que autorizare el acto, se inscriba en el Registro de Gravámenes de la Propiedad del Cantón, en el que estuviesen situados los bienes raíces.

Art. 862.—Para obtener la licencia judicial se determinará en la solicitud el nombre y apellido, el estado civil, la edad y el domicilio del peticionario, así como los de los beneficiarios y el lugar o lugares donde estuvieren situados los inmuebles, con sus linderos propios y demás circunstancias que los individualicen.

Además, se justificarán los requisitos siguientes:

1o.—Que los bienes no estén embargados, hipotecados, en litigio, anticresis o en poder de tercer poseedor con título inscrito, lo que se acreditará con el certificado del Registrador de la Propiedad; y,

2o.—Que su valor no exceda del determinado en el Art. 860. Para esto, el juez ordenará el avalúo por un perito nombrado por él.

El precio fijado en el informe, si fuere mayor que el que figura en el catastro, servirá de base para el pago del impuesto predial correspondiente; para este fin, el juez lo comunicará a la oficina respectiva.

Art. 863.—Mientras se practicaren las diligencias a que se refiere el artículo anterior, el mismo juez mandará que se publique la solicitud de

constitución del patrimonio, en un periódico del cantón, y, si no lo hubiere en la provincia a que pertenece el cantón, en el de la provincia más inmediata.

Esta publicación se hará durante tres días, y, además, se fijarán carteles durante diez días, en la parroquia en que estén situados los inmuebles.

Art. 864.—Si hubiere oposición para la constitución del patrimonio familiar, se la resolverá por el trámite del juicio verbal sumario.

Cuando algún acreedor con suficiente título se opusiere, el juez no concedreá la licencia judicial mientras el instituyente o instituyentes no cancelaren la obligación o aseguraren suficientemente el pago.

Art. 865.—Si el precio de los bienes sobre los que se constituye el patrimonio familiar fuere inferior al máximo del valor puntualizado en el Art. 860, se podrá posteriormente ampliar hasta completar su límite, siguiéndose el mismo trámite que para su constitución.

Art. 866.—El patrimonio familiar podrá establecerse en beneficio de los cónyuges, de los hijos menores de edad, de los mayores de edad incapaces, y de los descendientes hasta el segundo grado de consanguinidad.

El patrimonio familiar garantiza, no sólo a aquellos en favor de quienes se constituyó, sino a los descendientes citados en el inciso anterior, y que llegaren a existir posteriormente.

Art. 867.—La constitución del patrimonio familiar no podrá hacerse en perjuicio de los derechos de los acreedores, ni de las personas a quienes deba alimentos el instituyente, quienes podrán ejercer en contra de éste, acción rescisoria, dentro del plazo de prescripción que se contará desde la inscripcóin de la escritura.

Art. 868.—Son causas de extinción del patrimonio familiar ya constituído:

1a.—El fallecimiento de todos los beneficiarios, si el constituyente es célibe;

2a.—La terminación del estado de matrimonio, siempre que hubieren fallecido los beneficiarios;

3a.—El acuerdo entre los cónyuges si no existiere algún hijo o nieto de uno de ellos o de ambos, que tuviere derecho a ser beneficiario; y,

4a.—La subrogación por otro patrimonio que podrá ser autorizada por el juez, previa solicitud del instituyente. El juez calificará la conveniencia en interés común de los beneficiarios.

Art. 869.—Si se expropiare, judicialmente, por causa de necesidad y utilidad pública, el inmueble sobre el que se ha constituído el patrimonio familiar, el precio íntegro de la expropiación y de las correspondientes indemnizaciones se depositará en un Banco para que, con la compra de otro inmueble, siga constituído el patrimonio. Entre tanto los beneficiarios percibirán los dividendos por intereses en vez de los frutos a que antes tenían derecho.

Art. 870.—Será oído el ministerio público en todos los juicios relativos al patrimonio familiar, incluso en las diligencias para constituírlo. Los casos de nulidad y rescisión, y cualquier litigio que se suscitare, se resolverán en el modo y forma determinados en el Art. 864.

Art. 871.—Para la constitución del patrimonio familiar no se pagará el impuesto de alcabala, y tanto el Notario como el Registrador de la Propiedad cobrarán únicamente la mitad de los derechos que les asigne la ley para casos similares.

Art. 872.—Si fallecieren los instituyentes, no se recaudará el impuesto hereditario sobre los bienes que forman parte del patrimonio familiar, sino en los casos de extinción del mismo; entonces se procederá a la liquidación definitiva de dicho impuesto a cargo de los herederos.

Art. 873.—Mientras subsista el patrimonio familiar, los bienes que lo constituyen estarán exentos de impuestos, salvo el gravamen a la propiedad predial, sin que para su cómputo se acumulen las demás contribuciones.

Art. 874.—Si se extinguiere el patrimonio familiar, los bienes que lo formaban volverán al pleno dominio del que lo constituyó o de la sociedad conyugal, según el caso, o pasarán a los herederos que tuvieren derechos en ellos.

Art. 875.—El patrimonio familiar que no se hubiere constituído de acuerdo con las prescripciones de este Título no tendrá valor legal.

Esta disposición no comprende al Seguro de Desgravamen establecido por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

TITULO XII

DE LAS SERVIDUMBRES

Art. 876.—**Servidumbre predial**, o simplemente **servidumbre**, es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño.

Art. 877.—Se llama predio sirviente el que sufre el gravamen, y predio dominante el que reporta la utilidad.

Con respecto al predio dominante la servidumbre se llama **activa**, y con respecto al predio sirviente, **pasiva.**

Art. 878.—Servidumbre **continua** es la que se ejerce o se puede ejercer continuamente, sin necesidad de un hecho actual del hombre, como la servidumbre de acueducto por un canal artificial que pertenece al predio dominante; y servidumbre **discontinua** la que se ejerce a intervalos más o menos largos de tiempo, y supone un hecho actual del hombre, como la servidumbre de tránsito.

Art. 879.—Servidumbre **positiva**, es en general, la que sólo impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer, como cualquiera de las dos anteriores; y **negativa**, la que impone al dueño del predio sirviente la prohibición de hacer algo que sin la servidumbre le sería lícito, como la de no poder elevar sus paredes sino a cierta altura.

Las servidumbres positivas imponen a veces al dueño del predio sirviente la obligación de hacer algo, como la del Art.. 898.

Art. 880.—Servidumbre **aparente** es la que está continuamente a la vista, como la de tránsito cuando se hace por una senda o por una puerta especialmente destinada a él; e **inaperante**, la que no se conoce por una señal exterior, como la misma de tránsito cuando carece de estas dos circunstancias o de otras análogas.

Art. 881.—Las servidumbres son inseparables del predio a que activa o pasivamente pertenecen.

Art. 882.—Dividido el predio sirviente no varía la servidumbre que estaba constituída en él, y deben sufrirla aquel o aquellos a quienes toque la parte en que se ejercía.

Art. 883.—Dividido el predio dominante cada uno de los nuevos dueños gozará de la servidumbre, pero sin aumentar el gravamen del predio sirviente.

Así, los nuevos dueños del predio que goza de una servidumbre de tránsito no pueden exigir que se altere la dirección, forma, calidad o anchura de la senda o camino destinado a ella.

Art. 884.—El que tiene derecho a una servidumbre lo tiene igualmente a los medios necesarios para ejercerla. Así, el que tiene derecho de sacar

agua de una fuente situada en la heredad vecina, tiene el derecho de tránsito para ir a ella, aunque no se haya establecido expresamente en el título.

Art. 885.—El que goza de una servidumbre puede hacer las obras indispensables para ejercerla; pero serán a su costa, si no se ha establecido lo contrario; y aun cuando el dueño del predio sirviente se haya obligado a hacerlas o repararlas, le será lícito exonerarse de la obligación, abandonando la parte del predio en que deban hacerse o conservarse las obras.

Art. 886.—El dueño del predio sirviente no puede alterar, disminuir, ni hacer más incómoda para el predio dominante la servidumbre con que está gravado el suyo.

Con todo, si por el transcurso del tiempo llegare a serle más oneroso el modo primitivo de la servidumbre, podrá proponer que se varíe a su costa; y si las variaciones no perjudican al predio dominante, deberán ser aceptadas.

Art. 887.—Las servidumbres, o son **naturales**, que provienen de la natural situación de los lugares, o **legales**, que son impuestas por la ley, o **voluntarias**, que son constituídas por un hecho del hombre.

Art. 888.—Las disposiciones de este Título se entenderán sin perjuicio de las ordenanzas generales o locales sobre las servidumbres.

§ 1º

De las servidumbres naturales

Art. 889.—El predio inferior está sujeto a recibir las aguas que descienden del predio superior naturalmente, esto es sin que la mano del hombre contribuya a ello.

No se puede, por consiguiente, dirigir un albañal o acequia sobre el predio vecino, si no se ha constituído esta servidumbre especial.

En el predio sirviente no se puede hacer cosa alguna que estorbe la servidumbre natural, ni en el predio dominante, cosa alguna que la grave.

Art. 890.—El dueño de una heredad puede hacer de las aguas que corren naturalmente por ella, aunque no sean de su dominio privado, el uso conveniente para los menesteres domésticos, para el riego de la misma heredad, para dar movimiento a sus molinos u otras máquinas y abrevar sus animales. Pero aunque el dueño pueda servirse de dichas aguas, deberá hacer volver el sobrante al acostumbrado cauce a su salida del fundo.

Art. 891.—El uso que el dueño de una heredad puede hacer de las aguas que corren por ella se limita:

1.—En cuanto el dueño de la heredad inferior haya adquirido, por prescripción u otro título, el derecho de servirse de las mismas aguas. La prescripción, en este caso, será de diez años, contados como para la adquisición

del dominio, y correrá desde que se hayan construído obras aparentes, destinadas a facilitar o dirigir el descenso de las aguas en la heredad inferior;

2.—En cuanto contravinieren a las leyes y ordenanzas que provean al beneficio de la navegación o flote, o reglen la distribución de las aguas entre los propietarios ribereños; y,

3.—Cuando las aguas fueren necesarias para los menesteres domésticos de los habitantes de un pueblo vecino; pero, en este caso, se dejará una parte a la heredad, y se la indemnizará de todo perjuicio inmediato.

Si la indemnización no se ajusta de común acuerdo, podrá el pueblo pedir la expropiación del uso de las aguas, en la parte que corresponda, y en conformidad a lo dispuesto en la Constitución y leyes pertinentes.

Art. 892.—El uso de las aguas que corren por entre dos heredades corresponde en común a los dos ribereños, con las mismas limitaciones, y será reglado, en caso de disputa, por la autoridad competente, tomándose en consideración los derechos adquiridos por prescripción u otro título, como en el caso del artículo precedente, numeral 1o.

Art. 893.—El uso de las aguas que corren por cauce artificial construído a costa ajena, pertenece exclusivamente al que, con los requisitos legales, haya construído el cauce.

Art. 894.—El dueño de un predio puede hacer uso de las aguas lluvias y de cualesquiera otras que corran ocasionalmente por caminos públicos o por quebradas secas, inclusive cambiando su curso, con arreglo a la Ley de Aguas.

§ 2º

De las servidumbres legales

Art. 895.—Las servidumbres legales son relativas al uso público o a la utilidad de los particulares.

Las servidumbres legales relativas al uso público son:

El uso de las riberas, en cuanto sea necesario para la navegación o flote;

Y las demás determinadas por los reglamentos u ordenanzas respectivos.

Art. 896.—Los dueños de las riberas están obligados a dejar libre el espacio necesario para la navegación o flote a la sirga, y tolerarán que los navegantes saquen sus barcas y balsas a tierra, las aseguren a los árboles, las carenen, sequen sus velas, compren los efectos que libremente quieran vendérseles, y vendan a los ribereños los suyos; pero, sin permiso del respectivo ribereño y de la autoridad local, no podrán establecer ventas públicas.

El propietario ribereño no podrá cortar el árbol a que actualmente estuviere atada una nave, barca o balsa.

Art. 897.—Las servidumbres legales de la segunda especie son asimismo determinadas por las ordenanzas y reglamentos respectivos. Aquí se trata

especialmente de las de **demarcación, cerramiento, tránsito, medianería, acueducto, luz y vista.**

Art. 898.—Todo dueño de un predio tiene derecho a que se fijen los límites que lo separan de los predios lindantes, y podrá exigir a los respectivos dueños que concurran a ello, haciéndose la demarcación a expensas comunes.

Art. 899.—Si se ha quitado de su lugar alguno de los mojones que deslindan predios vecinos, el dueño del predio perjudicado tiene derecho para que el que lo ha quitado lo reponga a su costa y le indemnice de los daños que de la remoción se le hubieren originado, sin perjuicio de las penas con que las leyes castiguen el delito.

Art. 900.—El dueño de un predio tiene derecho para cerrarlo o cercarlo por todas partes, sin perjuicio de las servidumbres constituídas a favor de otros predios.

El cerramiento podrá consistir en paredes, fosos, cercas vivas o muertas.

art. 901.—Si el dueño hace el cerramiento del predio a su costa y en su propio terreno, podrá hacerlo de la calidad y dimensiones que quiera. Y el propietario lindante no podrá servirse de la pared, foso o cerca, para ningún objeto, a no ser que haya adquirido este derecho por título o por prescripción de diez años, contados como para la adquisición del dominio.

Art. 902.—El dueño de un predio podrá obligar a los dueños de los predios lindantes a que concurran a la construcción y reparación de las cercas divisorias comunes.

El juez, en caso necesario, reglará el modo y forma de la concurrencia; de manera que no se imponga a ningún propietario un gravamen ruinoso.

La cerca divisoria construída a expensas comunes, estará sujeta a la servidumbre de medianería.

Art. 903.—Si un predio carece de toda comunicación con el camino público, por la interposición de otros predios, el dueño del primero tendrá derecho para imponer a los otros la servidumbre de tránsito, en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio de su predio, pagando el valor del terreno necesario para la servidumbre, y resarciendo cualquier otro perjuicio.

Art. 904.—Si las partes no se convienen, se reglará por peritos, tanto el importe de la indemnización como el ejercicio de la servidumbre.

Art. 905.—Si concedida la servidumbre de tránsito en conformidad a los artículos precedentes, llega a no ser indispensable para el predio dominante, por la adquisición de terrenos que le dan un acceso cómodo al camino, o por otro medio, el dueño del predio sirviente tendrá derecho para pedir que se le exonere de la servidumbre, restituyendo lo que, al establecerse ésta, se le hubiere pagado por el valor del terreno.

Art. 906.—Si se vende o permuta alguna parte de un predio, o si es adjudicada a cualquiera de los que la poseían pro indiviso, y en consecuencia esta parte viene a quedar separada del camino, se entenderá concedida a favor de ella una servidumbre de tránsito, sin indemnización alguna.

Art. 907.—La medianería es una servidumbre legal en virtud de la cual los dueños de dos predios vecinos que tienen paredes, fosos, o cercas divisorias comunes, están sujetos a las obligaciones recíprocas que van a expresarse.

Art. 908.—Hay derecho de medianería para cada uno de los dueños lindantes, cuando consta o por alguna señal aparece que han hecho el cerramiento de acuerdo y a expensas comunes.

Art. 909.—Toda pared de separación entre dos edificios se presume medianera, pero sólo en la parte en que fuere común a los edificios mismos.

Se presume medianero todo cerramiento entre corrales, jardines y campos, cuando cada una de las superficies contiguas está cerrada por todos lados. Si una sola está cerrada de este modo, se presume que el cerramiento le pertenece exclusivamente.

Art. 910.—En todos los casos, y aun cuando conste que una cerca o pared divisoria pertenece exclusivamente a uno de los predios contiguos, el dueño del otro predio tendrá derecho de hacerla medianera en todo o parte, aun sin el consentimiento de su vecino, pagándole la mitad del valor del terreno en que está hecho el cerramiento y la mitad del valor actual de la porción de cerramiento cuya medianería pretende.

Art. 911.—Cualquiera de los dos condueños que quiera servirse de la pared medianera, para edificar sobre ella, o hacerla sostener el peso de una construcción nueva, debe primero solicitar el consentimiento de su vecino; y si éste lo rehusa, provocará un juicio práctico en que se dicten las medidas necesarias para que la nueva construcción no dañe al vecino.

En circunstancias ordinarias se entenderá que cualquiera de los condueños de una pared medianera puede edificar sobre ella, introduciendo maderos hasta la distancia de un decímetro de la superficie opuesta; y que si el vecino quisiere, por su parte, introducir maderos en el mismo paraje, o hacer una chimenea, tendrá el derecho de recortar los maderos de su vecino hasta el medio de la pared, sin dislocarlos.

Art. 912.—Si se trata de pozos, letrinas, caballerizas, chimeneas, hogares, fraguas, hornos u otras obras de que pueda resultar daño a los edificios o heredades vecinas, deberán observarse las reglas prescritas por las ordenanzas generales o locales, ora sea medianera o no la pared divisoria. Lo mismo se aplica a los depósitos de explosivos o combustibles fácilmente inflamables, de materias húmedas o infectas, y de todo lo que puede dañar a la solidez, seguridad y salubridad de los edificios.

Art. 913.—Cualquiera de los condueños tiene el derecho de elevar la pared medianera, en cuanto lo permitan las ordenanzas generales o locales, sin que obsten las ejecutorias dadas, en virtud de la antigua legislación, a favor de cualquiera de los condueños, sujetándose a las reglas siguientes:

1ª—La nueva obra será enteramente a su costa;

2ª—Pagará al vecino, por el aumento de peso que va a cargar sobre la pared medianera, la indemnización que se regulare por peritos que nombrarán las partes;

3ª—Pagará la misma indemnización cuantas veces trate de reconstruir la pared medianera;

4ª—Estará obligado a elevar a su costa las chimeneas del vecino situadas en la pared medianera;

5ª—Si la pared medianera no es bastante sólida para soportar el aumento de peso, la reconstruirá a su costa, indemnizando al vecino por la remoción y reposición de todo lo que por el lado de éste cargaba sobre la pared o estaba pegado a ella;

6ª—Si para reconstruir la pared medianera, fuere necesario aumentar su espesor, se tomará este aumento sobre el terreno del que construya la obra nueva; y,

7ª—El vecino podrá, en cualquier tiempo, adquirir la medianería de la parte nuevamente levantada, pagando la mitad del costo total de ésta y el valor de la mitad del terreno sobre el que se haya extendido la pared medianera, según el inciso anterior.

Art. 914.—Las expensas de construcción, conservación y reparación del cerramiento serán de cargo de todos los que tengan derecho de propiedad en él, a prorrata de los respectivos derechos.

Sin embargo, podrá cualquiera de ellos exonerarse de esas cargas, abandonando el derecho de medianería, pero sólo cuando el cerramiento no consista en una pared que sostenga un edificio de su pertenencia.

Art. 915.—Cuando los diferentes altos o pisos de una casa pertenecen a diversos propietarios, debe contribuir cada uno a los reparos u obras que fuere preciso hacer, según lo que se hallare establecido en los títulos de propiedad; y en caso de que nada se hubiere dispuesto sobre este punto, se observarán las disposiciones siguientes:

1ª—Todos los propietarios deben contribuir a la conservación y reparo de las paredes maestras, del techo y de todas las partes que sirven para la solidez de todo el edificio, o para la comodidad de todos los habitantes de la casa, cada uno en proporción del valor del piso o vivienda que le pertenece. Si los sótanos o las buhardillas no pertenecieren al mismo dueño, se hará una estimación particular de ellos, y se obrará del mismo modo para fijar la contribución que les toque en la repartición general de los gastos comunes;

2ª—El dueño de cada piso tendrá a su cargo la conservación y reparación del suelo o pavimento de su vivienda; mas al dueño del piso que está debajo es a quien corresponde hacer, si quiere, en su techo, los adornos que crea útiles a su habitación;

3ª—Cada uno de los propietarios puede hacer por su cuenta, en su respectiva habitación, las obras que quisiere, con tal que no cause perjuicio a los otros, en cuanto a la comodidad o a la solidez;

4ª—Las escaleras, cuyo uso sea común a los dueños de varios pisos, serán construídas y reparadas por todos ellos; y las demás lo serán por sólo el dueño del piso a quien sirvan exclusivamente;

5ª—En cuanto a los gravámenes y contribuciones que graviten sobre toda la casa, si el modo de pago no estuviere arreglado de antemano en los títulos o en otro documento posterior, cada propietario contribuirá al pago, en la misma forma y proporción que al de los gastos de las paredes maestras, o del techo y de las demás cosas que fueren comunes; pero cada uno tendrá que pagar por sí solo los impuestos que no recayeren sobre toda la casa sino sobre la parte que exclusivamente le pertenezca; y,

6ª—En caso de arruinarse la casa, por vejez, incendio, inundación, huracán, terremoto u otro accidente, si se resistiere alguno de los dueños a levantarla, podrán los demás obligarle a que les ceda sus derechos, o contribuya a la reedificación, la cual se hará entonces, con respecto a cada piso, en las proporciones que quedan establecidas.

Art. 916.—Los árboles que se encuentran en la cerca medianera, son igualmente medianeros; y lo mismo se entiende respecto de los árboles cuyo tronco está en la línea divisoria de dos heredades, aunque no haya cerramiento intermedio.

Cualquiera de los dos condueños puede exigir que se derriben dichos árboles, probando que de algún modo le dañan; y si por algún accidente se destruyen, no se repondrán sin su consentimiento.

Art. 917.—Las mercedes de aguas que se conceden por autoridad competente, se entenderán sin perjuicio de los derechos anteriormente adquiridos en ellas.

Art. 918.—Toda heredad está sujeta a la servidumbre de **acueducto**, en favor de otra heredad que carezca de las aguas necesarias para el cultivo de sementeras, plantaciones o pastos, o en favor de un pueblo que las haya menester para el servicio doméstico de los habitantes, o en favor de un establecimiento industrial que las necesite para el movimiento de sus máquinas.

Esta servidumbre consiste en que puedan conducirse las aguas por la heredad sirviente, a expensas del interesado; y está sujeta a las reglas que van a expresarse.

Art. 919.—Las casas y los corrales, patios, huertas y jardines que de ellas dependen, no están sujetos a la servidumbre de acueducto.

Art. 920.—Para los efectos del artículo anterior, no se tomarán en cuenta las casas y los corrales, patios, huertas y jardines que de ellas dependan, si hubiesen sido construídos o formados con posterioridad a la citación de la demanda en que se solicite la construcción o modificación de la servidumbre de acueducto.

Sin embargo, esta regla no se aplicará si se suspendiere por un año la continuación del juicio propuesto o se dejase pasar un año, desde la última notificación de la sentencia dictada en el mismo juicio, sin proceder a la construcción de la acequia.

Art. 921.—Se hará la conducción de las aguas por un acueducto que no permita derrames, y en que no se deje estancar el agua ni acumular basuras.

Art. 922.—El dueño de una acequia estará obligado, en cualquier tiempo, a construir los puentes y canales necesarios para el servicio de la heredad gravada con la servidumbre, y las demás obras indispensables para evitar que caigan en su acueducto las aguas de que hiciere uso el predio sirviente, o cualquier otro perjuicio que a dicho fundo se le ocasionare. Los puentes y los canales destinados a facilitar el curso de las aguas de regadío del predio sirviente serán de mampostería, a menos que el dueño de dicho predio convenga en que se use otro material; las dimensiones de tales obras estarán en relación con el uso a que se destinen.

Art. 923.—El derecho de acueducto comprende el de llevarlo por un rumbo que permita el libre descenso de las aguas, y que, por la naturaleza del suelo, no haga excesivamente dispendiosa la obra.

Verificadas estas condiciones, se llevará el acueducto por el rumbo que menos perjuicio ocasione a los terrenos cultivados.

El rumbo más corto se mirará como el menos perjudicial a la heredad sirviente y el menos costoso al interesado, si no se probare lo contrario.

El juez conciliará, en lo posible, los intereses de las partes; y en los puntos dudosos, decidirá a favor de las heredades sirvientes.

Art. 924.—El dueño del predio sirviente tendrá derecho para que se le pague el precio de todo el terreno que fuere ocupado por el acueducto; el de un espacio a cada uno de los costados, que no bajará de un metro de anchura en toda la extensión de su curso y podrá ser mayor por convenio de las partes, o por disposición del juez, cuando las circunstancias lo exigieren; y un diez por ciento más sobre la suma total.

Tendrá, además, derecho para que se le indemnice de cualquier perjuicio ocasionado por la construcción del acueducto y por las filtraciones y derrames que puedan imputarse a defectos de construcción.

Art. 925.—El dueño del predio sirviente está obligado a permitir la entrada de trabajadores, para la limpia y reparación del acueducto, con tal que se dé aviso previo al administrador del predio.

Está obligado, asimismo, a permitir, con este aviso previo, la entrada de un inspector o cuidador; pero sólo de tiempo en tiempo, o con la frecuencia que el juez, en caso de discordia y atendidas las circunstancias, determine.

Art. 926.—El dueño del acueducto podrá impedir toda plantación u obra en el espacio lateral de que habla el Art. 924.

Art. 927.—El que tiene a beneficio suyo un acueducto en su heredad, puede oponerse a que se construya otro en ella, ofreciendo paso por el suyo a las aguas de que otra persona quiera servirse; con tal que de ello no se siga perjuicio notable al que quiera abrir el nuevo acueducto.

Aceptada esta oferta, se pagará al dueño de la heredad sirviente el valor del suelo ocupado por el antiguo acueducto (incluso el espacio lateral de que habla el Art. 924), a prorrata del nuevo volumen de agua introducido en él, y se le reembolsará, además, en la misma proporción lo que valiere la obra en toda la longitud que aprovechare al interesado.

Este, en caso necesario, ensanchará el acueducto a su costa, y pagará el nuevo terreno ocupado por él, y por el espacio lateral, y cualquier otro perjuicio; pero sin el diez por ciento de recargo.

Art. 928.—Si el que tiene un acueducto en heredad ajena quisiere introducir mayor volumen de agua en él, podrá hacerlo, indemnizando de cualquier perjuicio a la heredad sirviente. Y si para ello fueren necesarias nuevas obras, se observará, respecto de éstas, lo dispuesto en el Art. 924.

Art. 929.—Las reglas establecidas para la servidumbre de acueducto se extienden a los que se construyan para dar salida y dirección a las aguas sobrantes, y para desecar pantanos y filtraciones naturales, por medio de zanjas y canales de desagüe.

Art. 930.—Abandonado un acueducto, vuelve el terreno a la propiedad y uso exclusivo del dueño de la heredad sirviente, sin obligación de restituir nada de lo que se pagó por el valor del suelo.

Art. 931.—Siempre que las aguas que corren a beneficio de particulares impidan o dificulten la comunicación con los predios vecinos, o embaracen los riegos o desagües, el particular beneficiado deberá construir los puentes, canales y otras obras necesarias para evitar este inconveniente.

Art. 932.—Los que quieran llevar aguas para regar sus fundos, no podrán abrir en el predio sirviente sino una sola acequia; y si ésta se destruye, o el dueño del predio dominante la abandonare, podrán llevar las aguas por otro punto, consultando siempre el menor perjuicio posible del dueño del predio sirviente.

Sin embargo, siempre que no disminuyere apreciablemente el valor comercial del predio sirviente, la autoridad o el juez competente, podrán, previo informe técnico que demuestre la necesidad y utilidad, imponer dos o más servidumbres de acueducto sobre un mismo predio.

Art. 933.—Para el ejercicio del derecho a que se refieren los artículos anteriores, cualquier propietario de un fundo, los vecinos de una población, y los que pretenden establecer máquinas, podrán sacar agua de los ríos, lagunas o fuentes públicas o comunes.

Art. 934.—Cuando se llevaren aguas a una hoya hidrográfica distinta de la de su origen, de modo que no puedan ser restituídas al cauce primitivo, esas aguas deberán devolverse, después de usadas, a cualquier otro cauce público.

Art. 935.—El dueño de las aguas que procedan de vertientes situadas en terreno ajeno, podrá ejecutar las obras que necesite para acrecentar el caudal de las vertientes, previo aviso al dueño del terreno y siempre que, con tales obras, no se cause perjuicio al propietario del suelo o a terceros.

Art. 936.—Si el que abriere una toma o acequia, con el ánimo de llevar aguas, abandonare la obra por más de un año, se entenderá que ha renunciado su derecho; y tendrá cualquier otro la facultad de abrir una nueva toma o acequia.

Art. 937.—La servidumbre legal de luz tiene por objeto dar luz a un espacio cualquiera, cerrado y techado; pero no el de darle vista sobre el predio vecino, esté cerrado o no.

Art. 938.—No se puede abrir ventana o tronera de ninguna clase en una pared medianera, sin consentimiento del condueño.

El dueño de una pared no medianera puede abrirlas en ella, en el número y de las dimensiones que quiera.

Si la pared no es medianera sino en una parte de su altura, el dueño de la parte no medianera goza de igual derecho en ésta.

No se opone al ejercicio de la servidumbre de luz la contigüidad de la pared al predio vecino.

Art. 939.—La servidumbre legal de luz está sujeta a la condiciones que van a expresarse:

1a.—La ventana tendrá rejas de hierro, y una red de alambre cuyas mallas tengan tres centímetros de abertura o menos; y,

2a.—La parte inferior de la ventana distará del suelo de la vivienda a que da luz, tres metros a lo menos.

Art. 940.—El que goza de la servidumbre de luz no tendrá derecho para impedir que en el suelo vecino se levante una pared que le quite luz.

Art. 941.—Si la pared divisoria llega a ser medianera, cesa la servidumbre legal de luz y sólo tiene cabida la voluntaria, determinada por mutuo consentimiento de ambos dueños.

Art. 942.—No se puede tener ventanas, balcones, miradores o azoteas, que den vista a las habitaciones, patios o corrales de un predio vecino, cerrado o no; a menos que se interponga una distancia de tres metros.

La distancia se medirá entre el plano vertical de la línea más sobresaliente de la ventana, balcón, etc., y el plano vertical de la línea divisoria de los dos predios, siendo ambos planos paralelos.

No siendo paralelos los dos planos, se aplicará la misma medida a la menor distancia entre ellos.

Art. 943.—No hay servidumbre legal de aguas lluvias. Los techos de todo edificio deben verter sus aguas lluvias sobre el predio a que pertenecen, o sobre la calle o camino público o vecinal, y no sobre otro predio, sino con voluntad de su dueño..

§ 3º

De las servidumbres voluntarias

Art. 944.—Cada cual podrá sujetar su predio a las servidumbres que quiera, y adquirirlas sobre los predios vecinos con la voluntad de sus dueños, con tal que no se dañe con ellas al ornato público, ni se contravenga a las leyes.

Las servidumbres de esta especie pueden también adquirirse por sentencia de juez, en los casos previstos por las leyes..

Art. 945.—Si el dueño de un predio establece un servicio continuo y aparente a favor de otro predio que también le pertenece, y enajena después uno de ellos, o pasan a ser de diversos dueños, por partición, subsistirá el mismo servicio con el carácter de servidumbre entre los dos predios; a menos que, en el título constitutivo de la enajenación o de la partición, se haya establecido expresamente otra cosa.

Art. 946.—Las servidumbres discontinuas de todas clases y las servidumbres continuas no aparentes sólo pueden adquirirse por medio de un título; ni aun el goce inmemorial bastará para constituirlas.

Las servidumbres continuas y aparentes pueden adquirirse por título, o por prescripción de cinco años, contados como para la adquisición del dominio de los fundos.

Art. 947.—El título constitutivo de servidumbre puede suplirse por el reconocimiento expreso del dueño del predio sirviente.

La destinación anterior, según el Art. 945, puede también servir de título.

Art. 948.—El título, o la posesión de la servidumbre por el tiempo señalado en el Art. 946, determinan los derechos del predio dominante y las obligaciones del predio sirviente.

§ 4º

De la extinción de las servidumbres

Art. 949.—Las servidumbres se extinguen:

1o.—Por la resolución del derecho del que las ha constituído;

2o.—Por la llegada del día o el cumplimiento de la condición, si se ha establecido de uno de estos modos;

3o.—Por la confusión, o sea la reunión perfecta e irrevocable de ambos predios en manos de un mismo dueño. Así, cuando el dueño de uno de ellos compra el otro, perece la servidumbre; y si por una nueva venta se separan, no revive, salvo el caso del Art. 945. Por el contrario, si la sociedad conyugal adquiere una heredad que debe servidumbre a otra heredad de uno de los dos cónyuges, no habrá confusión sino cuando, disuelta la sociedad, se adjudiquen ambas heredades a una misma persona;

4o.—Por la renuncia del dueño del predio dominante; y,

5o.—Por haberse dejado de gozar diez años.

En las servidumbres discontiunas corre el tiempo desde que han dejado de gozarse; en las continuas, desde que se haya ejecutado un acto contrario a la servidumbre.

Art. 950.—Si el predio dominante pertenece a muchos, pro indiviso, el goce de uno de ellos interrumpe la prescripción respecto de todos; y si contra uno de ellos no puede correr la prescripción, no puede correr contra ninguno.

Art. 951.—Si cesa la servidumbre por hallarse las cosas en tal estado que no sea posible usar de ellas, revivirá desde que deje de existir la imposibilidad, con tal que esto suceda antes de haber transcurrido diez años.

Art. 952.—Se puede adquirir y perder por prescripción un modo particular de ejercer la servidumbre, de la misma manera que podría adquirirse o perderse la servidumbre misma.

TITULO XIII

DE LA REINVINDICACION

Art. 953.—La **reinvindicación o acción de dominio** es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela.

§ 1º

Qué cosas pueden reinvindicarse

Art. 954.—Pueden reinvindicarse las cosas corporales, raíces y muebles.

Exceptúanse las cosas muebles cuyo poseedor las haya comprado en una feria, tienda, almacén, u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase

Justificada esta circunstancia, no estará el poseedor obligado a restituir la cosa, si no se le reembolsa lo que haya dado por ella y lo que haya gastado en repararla y mejorarla.

Art. 955.—Los otros derechos reales pueden reinvindicarse como el dominio, excepto el derecho de herencia.

Este derecho produce la acción de petición de herencia de que se trata en el Libro III.

Art. 956.—Se puede reinvindicar una cuota determinada pro indiviso, de una cosa singular.

§ 2º

Quién puede reinvindicar

Art. 957.—La acción **reinvindicatoria** o de **dominio** corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa.

Art. 958.—Se concede la misma acción, aunque no se pruebe dominio, al que ha perdido la posesión regular de la cosa, y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción.

Pero no valdrá, ni contra el verdadero dueño, ni contra el que posea con igual o mejor derecho.

§ 3º

Contra quién se puede reinvindicar

Art. 959.—La acción de dominio se dirige contra el actual poseedor.

Art. 960.—El mero tenedor de la cosa que se reivindica está obligado a declarar el nombre y residencia de la persona a cuyo nombre la tiene.

Art. 961.—Si alguno, de mala fe, se da por poseedor de la cosa que se reinvindica, sin serlo, será condenado a la indemnización de todo perjuicio que de este engaño haya resultado al actor.

Art. 962.—La acción de dominio tendrá también lugar contra el que enajenó la cosa, para la restitución de lo que haya recibido por ella, siempre que, por haberla enajenado, se haya hecho imposible o difícil su persecución; y si la enajenó a sabiendas de que era ajena, para la indemnización de todo perjuicio.

El reinvindicador que recibe del enajenador lo que se ha dado a éste por la cosa, confirma por el mismo hecho la enajenación.

Art. 963.—La acción de dominio no se dirige contra un heredero sino por la parte que posea en la cosa. Pero las prestaciones a que estaba obligado el poseedor, por razón de los frutos o de los deterioros que le eran imputables, pasan a los herederos de éste, a prorrata de sus cuotas hereditarias.

Art. 964.—Contra el que poseía de mala fé, y por hecho o culpa suya ha dejado de poseer, podrá intentarse la acción de dominio, como si actualmente poseyese.

De cualquier modo que haya dejado de poseer, y aunque el reinvindicador prefiera dirigirse contra el actual poseedor, respecto del tiempo que ha estado la cosa en su poder tendrá las obligaciones y derechos que según este Título corresponden a los poseedores de mala fe, por razón de frutos, deterioros y expensas.

Si paga el valor de la cosa, y el reinvindicador lo acepta, sucederá en los derechos del reinvindicador.

Lo mismo se aplica al poseedor de buena fe que en el curso del juicio se ha puesto en la imposibilidad de restituir la cosa por su culpa.

El reinvindicador, en los casos de los dos incisos precedentes, no estará obligado al saneamiento.

Art. 965.—Si reivindicándose una cosa corporal mueble, hubiere motivo de temer que se pierda o deteriore en manos del poseedor, podrá el actor pedir el secuestro; y el poseedor estará obligado a consentir en él, o a dar seguridad suficiente de restitución, para el caso de ser condenado a restituir.

Art. 966.—Si se demanda el dominio u otro derecho real constituído sobre un inmueble, el poseedor seguirá gozando de él, hasta la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada.

Pero el actor tendrá derecho a solicitar las providencias necesarias para evitar todo deterioro de la cosa y de los muebles y semovientes anexos a ella, comprendidos en la reinvindicación, si hubiere justo motivo de temerlo, o las facultades del demandado no ofrecieren suficiente garantía.

Art. 967.—La acción reinvindicatoria se extiende al embargo, en manos de tercero, de lo que por éste se deba como precio o permuta al poseedor que enajenó la cosa.

§ 4º

Prestaciones mutuas

Art. 968.— Si es vencido el poseedor, restituirá la cosa en el plazo que el juez señalare; y si la cosa hubiere sido secuestrada, pagará el actor al secuestre los gastos de custodia y conservación, y tendrá derecho para que el poseedor de mala fe se los reembolse.

Art. 969.—En la restitución de una heredad se comprenden las cosas que forman parte de ella, o que se reputan como inmuebles por su conexión con ellas, según lo dicho en el título **De las varias clases de bienes.** Las otras no serán comprendidas en la restitución, si no lo hubieren sido en la demanda y sentencia; pero podrán reinvindicarse separadamente..

En la restitución de un edificio se comprende la de sus llaves.

En la restitución de toda cosa se comprende la de los títulos que conciernen a ella, si se hallan en manos del poseedor.

Art. 970.—El poseedor de mala fe es responsable de los deterioros que por su hecho o culpa ha sufrido la cosa.

El poseedor de buena fe, mientras permanece en ella, no es responsable de estos deterioros, sino en cuanto se hubiere aprovechado de ello; por ejemplo, destruyendo un bosque o arbolado, y vendiendo la madera o la leña, o empleándola en beneficio suyo.

Art. 971.—El poseedor de mala fe está obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder.

Si no existen los frutos, deberá el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción. Se considerarán como no existentes los que se hayan deteriorado en su poder.

El poseedor de buena fe no está obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la citación con la demanda. En cuanto a los percibidos después, estará sujeto a las reglas de los dos incisos anteriores.

En toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos.

Art. 972.—El poseedor vencido tiene derecho a que se le abonen las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa, según las reglas siguientes:

Si estas expensas se invirtieron en obras permanentes, como una cerca para impedir las depredaciones, o un dique para atajar las avenidas, o las reparaciones de un edificio arruinado por un terremoto, se abonarán al po-

seedor dichas expensas; pero reducidas a lo que valgan las obras al tiempo de la restitución.

Y si las expensas se invirtieron en cosas que por su naturaleza no dejan un resultado material permanente, como la defensa judicial de la finca, serán abonadas al poseedor en cuanto aprovecharen al reinvindicador, y se hubieren hecho con mediana inteligencia y economía.

Art. 973.—El poseedor de buena fe, vencido, tiene asimismo derecho a que se le abonen las mejoras útiles, hechas antes de citársele con la demanda.

Sólo se entenderá por mejoras útiles, las que hayan aumentado el valor venal de la cosa.

El reinvindicador elegirá entre el pago de lo que valgan al tiempo de la restitución las obras en que consisten las mejoras, o el pago de lo que, en virtud de dichas mejoras, valiere más la cosa en dicho tiempo.

En cuanto a las obras hechas después de citada la demanda, el poseedor de buena fe tendrá solamente los derechos que, por el artículo siguiente, se conceden al poseedor de mala fe.

Art. 974.—El poseedor de mala fe no tendrá derecho a que se le abonen las mejoras útiles de que habla el artículo precedente.

Pero podrá llevarse los materiales de dichas mejoras, siempre que pueda separarlos sin detrimento de la cosa reinvindicada, y que el propietario rehuse pagarle el precio que tendrían dichos materiales después de separados.

Art. 975.—En cuanto a las mejoras voluptuarias, el propietario no estará obligado a pagarlas al poseedor de mala ni de buena fe, que sólo tendrá, con respecto a ellas, el derecho que por el artículo precedente se concede al poseedor de mala fe, respecto de las mejoras útiles.

Se entiende por mejoras voluptuarias las que sólo consisten en objetos de lujo y recreo, como jardines, miradores, fuentes, cascadas artificiales, y generalmente las que no aumentan el valor venal de la cosa en el mercado común, o sólo lo aumentan en una proporción insignificante.

Art. 976.—Se entenderá que la separación de los materiales, permitida por los artículos precedentes, es en detrimento de la cosa reinvindicada, cuando hubiere de dejarla en peor estado que antes de hacerse las mejoras; salvo en cuanto el poseedor vencido pudiere reponerla inmediatamente a su estado anterior, y se allanare a ello.

Art. 977.—La buena o mala fe del poseedor se refiere, relativamente a los frutos, al tiempo de la percepción, y relativamente a las expensas y mejoras, al tiempo en que fueron hechas.

Art. 978.—Cuando el poseedor vencido tuviere un saldo que reclamar en razón de expensas y mejoras, podrá retener la cosa hasta que se verifique el pago, o se le asegure a su satisfacción.

Art. 979.—Las reglas de este Título se aplicarán contra el que, poseyendo a nombre ajeno, retenga indebidamente una cosa raíz o mueble, aunque lo haga sin ánimo de señor.

TITULO XIV

DE LAS ACCIONES POSESORIAS

Art. 980.—Las acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituídos en ellos.

Art. 981.—Sobre las cosas que no pueden ganarse por prescripción, como las servidumbres no aparentes o discontinuas, no puede haber acción posesoria.

Art. 982.—No podrá proponer acción posesoria sino el que ha estado en posesión tranquila y no interrumpida un año completo. Para el ejercicio de la acción es suficiente la posesión material.

Art. 983.—El heredero tiene las mismas acciones posesorias que tendría su antecesor si viviese; y está sujeto a las mismas acciones posesorias a que éste lo estaría.

Art. 984.—Las acciones que tienen por objeto conservar la posesión, prescriben al cabo de un año completo, contado desde el acto de molestia o embarazo inferido a ella.

Las que tienen por objeto recuperarla, expiran al cabo de un año completo, contado desde que el poseedor anterior la ha perdido.

Si la nueva posesión ha sido violenta o clandestina, se contará este año desde el último acto de violencia, o desde que haya cesado la clandestinidad.

Las reglas que sobre la continuación de la posesión se dan en los artículos 751, 752 y 753 se aplican a las acciones posesorias.

Art. 985.—El poseedor tiene derecho para pedir que no se le turbe o embarace su posesión o se le despoje de ella, para que se le indemnice del daño que ha recibido, y para que se le dé seguridad contra el que fundadamente teme.

Art. 986.—El usufructuario, el usuario, y el que tiene derecho de habitación, son hábiles para ejercer por sí las acciones posesorias dirigidas a conservar o recuperar el goce de sus respectivos derechos, aun contra el propietario mismo. El propietario está obligado a auxiliarlos contra todo turbador o usurpador extraño, siendo requerido al efecto.

Las sentencias obtenidas contra el usufructuario, el usuario o el que tiene derecho de habitación, obligan al propietario; menos si se tratare de la posesión del dominio de la finca o de derechos anexos a él, en cuyo caso no valdrá la sentencia contra el propietario que no haya intervenido en el juicio.

Art. 987.—En los juicios posesorios no se tomará en cuenta el dominio que por una o por otra parte se alegue.

Podrán, con todo, exhibirse títulos de dominio, para comprobar la po-

sesión, pero sólo aquellos cuya existencia pueda probarse sumariamente. Ni valdrá objetar contra ellos otros vicios o defectos, que los que puedan probarse de la misma manera.

Art. 988.—La posesión de los derechos inscritos se prueba por la inscripción; y mientras ésta subsista, y con tal que haya durado un año completo, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla.

Art. 989.—Se deberá probar la posesión del sueldo por hechos positivos, de aquellos a que sólo el dominio da derecho, como la corta de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión..

Art. 990.—El que injustamente ha sido privado de la posesión, tendrá derecho para pedir que se le restituya, con indemnización de perjuicios.

Art. 991.—La acción para la restitución puede dirigirse, no sólo contra el usurpador, sino contra toda persona cuya posesión se derive de la del usurpador, por cualquier título.

Pero no están obligados a la indemnización de perjuicios, sino el usurpador mismo, o el tercero de mala fe; y habiendo varias personas obligadas, todas lo serán in sólidum.

Art. 992.—El que violentamente ha sido despojado, sea de la posesión, sea de la mera tenencia, y que, por poseer a nombre de otro, o por no haber poseído bastante tiempo, o por otra causa cualquiera, no pudiere proponer acción posesoria, tendrá sin embargo derecho para que se restablezcan las cosas al estado en que antes se hallaban, sin que para esto necesite probar más que el despojo violento, ni se le pueda objetar clandestinidad o despojo anterior. Este derecho prescribe en seis meses.

Restablecidas las cosas, y asegurado el resarcimiento de daños, podrán intentarse, por una u otra parte, las acciones posesorias que correspondan.

Art. 993.—Los actos de violencia cometidos con armas o sin ellas, serán, además, reprimidos con las penas que correspondan según el Código Penal.

TITULO XV

DE ALGUNAS ACCIONES POSESORIAS ESPECIALES

Art. 994.—El poseedor tiene derecho para pedir que se prohiba toda obra nueva que se trate de construir en el suelo de que está en posesión.

Pero no tendrá derecho de denunciar con este fin las obras necesarias para precaver la ruina de un edificio, acueducto, canal, puente, acequia, etc., siempre que se reduzcan a lo estrictamente necesario para ello, y que, terminadas, se restituyan las cosas al estado anterior, a costa del dueño de las obras.

Tampoco tendrá derecho para embarazar los trabajos conducentes a mantener la debida limpieza en los caminos, acequias, cañerías, etc.

Art. 995.—Son obras nuevas denunciables las que, construídas en el predio sirviente, embarazan el goce de una servidumbre constituída en él.

Son igualmente denunciables las construcciones que se trata de sustentar en edificio ajeno, que no esté sujeto a tal servidumbre.

Se declara especialmente denunciable toda obra voladiza que atraviesa el plan vertical de la línea divisoria de dos predios, aunque no se apoye sobre el predio ajeno, ni dé vista, ni vierta aguas lluvias sobre él.

Art. 996.—El que tema que la ruina de un edificio vecino le cause perjuicio, tiene derecho de querellarse al juez, para que se mande al dueño de tal edificio derribarlo, si estuviere tan deteriorado que no admita reparación; o para que, si la admite, se le ordene hacerla inmediatamente; y si el querellado no procediere a cumplir el fallo judicial, se derribará el edificio, o se hará la reparación a su costa.

Si el daño que se teme no fuere grave, bastará que el querellado rinda caución de resarcir todo perjuicio que por el mal estado del edificio sobrevenga.

Art. 997.—En el caso de hacerse por otro que el querellado la reparación de que habla el artículo precedente, el que se encargue de hacerla conservará la forma y dimensiones del antiguo edificio, en todas sus partes; salvo si fuere necesario alterarlas para precaver el peligro.

Las alteraciones se ajustarán a la voluntad del dueño del edificio, en cuanto sea compatible con el objeto de la querella.

Art. 998.—Si practicada la citación de la querella, cayere el edificio por efecto de su mala condición, se indemnizará de todo perjuicio a los vecinos; pero si cayere por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto, no habrá lugar a indemnización, a menos de probarse que el caso fortuito, sin el mal estado del edificio no lo hubiera derribado.

No habrá lugar a indemnización, si no hubiere precedido citación de la querella.

Art. 999.—Las disposiciones precedentes se extenderán al peligro que se tema de cualesquiera construcciones, o de árboles mal arraigados o expuestos a ser derribados por casos de ordinaria ocurrencia.

Art. 1000.—Si se hicieren estacadas, paredes u otras labores que tuerzan la dirección de las aguas corrientes, de manera que se derramen sobre suelo ajeno, o estancándose lo humedezcan, o priven de su beneficio a los predios que tienen derecho de aprovecharse de ellas, mandará el juez, a petición de los interesados, que tales obras se deshagan o modifiquen, y se resarzan los perjuicios.

Art. 1001.—Lo dispuesto en el artículo precedente se aplica, no sólo a las obras nuevas, sino a las ya hechas, mientras no haya transcurrido tiempo bastante para constituir un derecho de servidumbre.

Pero ninguna prescripción se admitirá en favor de las obras que corrompan el aire y lo hagan conocidamente dañoso.

Art. 1002.—El que hace obras para impedir la entrada de aguas que no está obligado a recibir, no es responsable de los daños que, atajadas de esa manera, y sin intención de ocasionarlos, puedan causar en las tierras o edificios ajenos.

Art. 1003.—Si corriendo el agua se estancare o torciere su curso, embarazada por cieno, piedras, palos u otras materias, los dueños del agua tendrán derecho para obligar al dueño de la heredad en que esto suceda, a que les permita remover el embarazo, si es que no prefiere hacerlo por sí mismo.

Art. 1004.—Siempre que las aguas de que se sirve un predio, por negligencia del dueño en darles salida sin daño de sus vecinos, se derramen sobre otro predio, el dueño de éste tendrá derecho para que se le resarza el perjuicio sufrido, y para que, en caso de reincidencia, se le pague el doble de lo que el perjuicio importare.

Art. 1005.—El dueño de una casa tiene derecho para impedir que cerca de sus paredes haya depósitos o corrientes de aguas, o materias húmedas que puedan dañarla.

Tiene asimismo derecho para impedir que se planten árboles a menos distancia que la de quince decímetros, ni hortalizas o flores a menos distancia que la de cinco decímetros.

Si los árboles fueren de los que extienden a gran distancia sus raíces, podrá el juez ordenar que se planten a la que convenga, para que no dañen a los edificios vecinos: el máximo de la distancia señalada por el juez será de cinco metros.

Los derechos concedidos en este artículo subsistirán respecto de los árboles, flores u hortalizas plantados; a menos que la plantación haya precedido a la construcción de las paredes.

Art. 1006.—Si un árbol extiende sus ramas sobre suelo ajeno, o penetra en él con sus raíces, podrá el dueño del suelo exigir que se corte la parte excedente de las ramas, y cortar él mismo las raíces.

Lo cual se entiende aun cuando el árbol esté plantado a la distancia debida.

Art. 1007.—Los frutos que dan las ramas tendidas sobre terreno ajeno, pertenecen al dueño del árbol. Este, sin embargo, no podrá entrar a cogerlos sino con el permiso del dueño del suelo, estando cerrado el terreno.

El dueño del terreno está obligado a conceder este permiso; pero sólo en días y horas oportunas, de que no le resulte daño.

Art. 1008.—El que quisiere construir un ingenio, molino o una obra cualquiera, aprovechándose de las aguas que van a otras heredades o a otro ingenio, molino o establecimiento industrial, y que no corren por un cauce artificial construído a costa ajena, podrá hacerlo en su propio suelo, o en suelo ajeno con permiso del dueño, con tal que no desvíe o menoscabe las aguas, en perjuicio de los que ya han construído obras aparentes con el fin de servirse de dichas aguas, o que de cualquier otro modo hayan adquirido el derecho de aprovecharse de ellas.

Art. 1009.—El alumbramiento de aguas subterráneas se rige por la Ley de Aguas.

Art. 1010.—Siempre que haya de prohibirse, destruírse o enmendarse una obra perteneciente a muchos, puede intentarse la denuncia o querella contra todos juntos o contra cualquiera de ellos; pero la indemnización a que por los daños recibidos hubiere lugar, se repartirá entre todos, por igual, sin perjuicio de que los gravados con esta indemnización la dividan entre sí, a prorrata de la parte que tenga cada uno en la obra.

Y si el daño padecido o temido perjudicare a muchos, cada uno tendrá derecho para intentar la denuncia o querella por sí solo, en cuanto se dirija a la prohibición, destrucción o enmienda de la obra; pero ninguno podrá pedir indemnización sino por el daño que él mismo haya padecido, a menos que legitime su personería relativamente a los otros.

Art. 1011.—Las acciones concedidas en este Título no tendrán lugar contra el ejercicio de servidumbre legítimamente constituída.

Art. 1012.—Las municipalidades y cualquiera persona del pueblo tendrán, en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transiten por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados.

Y siempre que, a consecuencia de una acción popular, haya de demolerse o enmendarse una construcción, o de resarcirse el daño padecido, se recompensará al actor, a costa del querellado, con una suma que no baje de la décima, ni exceda de la tercera parte de lo que cueste la demolición o en-

mienda o el resarcimiento del daño; sin perjuicio de que si se castiga el delito o negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad.

Art. 1013.—Las acciones municipales o populares se entenderán sin perjuicio de las que competan a los inmediatos interesados.

Art. 1014.—Las acciones concedidas en este Título, para la indemnización del daño padecido, prescriben al cabo de un año completo.

Las dirigidas a precaver el daño no prescriben mientras haya justo motivo de temerlo.

Si las dirigidas contra una obra nueva no se propusieren dentro del año, los denunciados o querellados serán amparados en el juicio posesorio, y el denunciante o querellante podrá solamente perseguir su derecho por la vía ordinaria.

Pero ni aun esta acción tendrá lugar cuando, según las reglas dadas para la servidumbre, haya prescrito el derecho.

DE LA PRESCRIPCION

§ 1

De la prescripción en general

Art. 2416.—Prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas, o no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales..

Una acción o derecho se dice **que prescribe cuando** se extingue por la prescripción.

Art. 2417.—El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla. El juez no puede declararla de oficio.

Art. 2418.—La prescripción puede ser renunciada expresa o tácitamente; pero sólo después de cumplida.

Renúnciase tácitamente, cuando el que puede alegarla manifiesta por un hecho suyo, que reconoce el derecho del dueño o del acreedor. Por ejemplo, cuando cumplidas las condiciones legales de la prescripción el poseedor de la cosa la toma en arriendo, o el que debe dinero paga intereses o pide plazo.

Art. 2419.—No puede renunciar la prescripción sino el que puede enajenar.

Art. 2420.—El fiador podrá oponer al acreedor la prescripción renunciada por el principal deudor.

Art. 2421.—Las reglas relativas a la prescripción se aplican a favor y en contra del Estado, de los consejos provinciales, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo..

§ 2

De la prescripción por la que se adquieren las cosas

Art. 2422.—Se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces o muebles, que están en el comercio humano, y se han poseído con las condiciones legales.

Se ganan de la misma manera los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados.

Art. 2423.—La omisión de actos de mera facultad, y la mera tolerancia de actos de que no resulta gravamen, no confieren posesión, ni dan fundamento a prescripción alguna.

Así, el que durante muchos años dejó de edificar en un terreno suyo, no por eso confiere a su vecino el derecho de impedirle que edifique.

Del mismo modo, el que tolera que el ganado de su vecino transite por sus tierras eriales o paste en ellas, no por eso se impone la servidumbre de este tránsito o pasto.

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

Art. 2424.—Si una cosa ha sido poseída sucesivamente y sin interrupción por dos o más personas, el tiempo del antecesor puede o no agregarse al tiempo del sucesor, según lo dispuesto en el Art. 751.

La posesión principiada por una persona difunta continúa en la herencia yacente, que se entiende poseer a nombre del heredero.

Art. 2425.—Posesión no interrumpida es la que no ha sufrido ninguna interrupción natural o civil.

Art. 2426.—La interrupción es **natural:**

1o.—Cuando sin haber pasado la posesión a otras manos, se ha hecho imposible el ejercicio de actos posesorios, como cuando una heredad ha sido permanentemente inundada.

2o.—Cuando se ha perdido la posesión por haber entrado en ella otra persona.

La interrupción natural de la primera especie no surte otro efecto que el de descontarse su duración; pero la interrupción natural de la segunda especie hace perder todo el tiempo de la posesión anterior; a menos que se haya recobrado legalmente la posesión, conforme a lo dispuesto en el Título **De las acciones posesorias** En tal caso, no se entenderá haber habido interrupción para el desposeído.

Art. 2427.—Interrupción **civil** es todo recurso judicial intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa, contra el poseedor.

Sólo el que ha intentado este recurso podrá alegar la interrupción; y ni aun él en los casos siguientes:

1o.—Si la citación de la demanda no ha sido hecha en forma legal;

2o.—Si el recurrente desistió expresamente de la demanda o cesó en la persecución por más de tres años; y,

3o.—Si el demandado obtuvo sentencia de absolución.

En estos tres casos se entenderá no haber sido interrumpida la prescripción por la demanda.

Art. 2428.—Si la propiedad pertenece en común a varias personas, todo lo que interrumpe la prescripción respecto de una de ellas, la interrumpe también respecto de las otras.

Art. 2429.—La prescripción adquisitiva es ordinaria o extraordinaria.

Art. 2430.—Contra un título inscrito no tendrá lugar la prescripción ordinaria adquisitiva de bienes raíces, o de derechos reales constituídos en éstos, sino en virtud de otro título inscrito, ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo.

Art. 2431.—Para ganar la prescripción ordinaria se necesita posesión regular no interrumpida, durante el tiempo que las leyes requieren.

Art. 2432.—El tiempo necesario en la prescripción ordinaria es de tres años para los bienes muebles, y de cinco, para los raíces.

Cada dos días se cuenta entre ausentes por uno solo, para el cómputo de los años.

Se entienden **presentes,** para los efectos de la prescripción, los que viven en el territorio de la República, y ausentes, los que residen en nación extranjera.

Art. 2433.—La prescripción ordinaria puede **suspenderse,** sin extinguirse. En este caso, cesando la causa de la suspensión, se le cuenta al poseedor el tiempo anterior a ella, si hubo alguno.

Se suspende la prescripción ordinaria, en favor de las personas siguientes:

1o.—De los menores, dementes, sordomudos y de cuantos estén bajo potestad paterna o bajo tutela o curaduría;

2o.—De la herencia yacente.

La prescripción se suspende siempre entre cónyuges.

Art. 2434.—El dominio de las cosas comerciales que no ha sido adquirido por la prescripción ordinaria, puede serlo por la extraordinaria, bajo las reglas que van a expresarse:

1ª—Cabe la prescripción extraordinaria contra título inscrito;

2ª—Para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno; basta la posesión material en los términos del Art. 734;

3ª—Se presume en ella de derecho la buena fe, sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio.

4ª—Pero la existencia de un título de mera tenencia hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias:

1ª—Que quien se pretende dueño no pueda probar que en los últimos quince años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por quien alega la prescripción; y,

2ª—Que quien alega la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo.

Art. 2435.—El tiempo necesario para adquirir por esta especie de prescripción es de quince años, contra toda persona, y no se suspende a favor de las enumeradas en el Art. 2433.

Art. 2436.—Los derechos reales se adquieren por la prescripción de la misma manera que el dominio, y están sujetos a las mismas reglas, salvo las excepciones siguientes:

1ª—El derecho de herencia se adquiere por la prescripción extraordinaria de quince años; y,

2ª—El derecho de servidumbre se adquiere según el Art. 946.

Art. 2437.—La sentencia judicial que declara una prescripción hará las veces de escritura pública para la propiedad de bienes raíces o de derechos reales constituídos en ellos; pero no valdrá contra terceros sin la competente inscripción.

CAPITULO I

DE LAS VARIAS CLASES DE BIENES

El Código Civil Ecuatoriano trata, en el Libro II, de los objetos del derecho, que son los bienes.

Cosas y bienes.— Las cosas y los bienes tienen diferente significación jurídica, aunque el texto de la ley emplea con frecuencia, indistintamente, ambos términos.

Cosa es, de modo general, todo lo que existe sin tener la calidad de persona. Son cosas el sol, el aire, el mar.

Las cosas no interesan al jurista sino en cuanto puedan dar al hombre alguna utilidad y sean aptas para integrar el acervo patrimonial de una persona. Ahora bien, cuando las cosas se encuentran en estas circunstancias, se denominan bienes. Las cosas componen el género; los bienes, la especie.

Bienes.— Al decir de las Partidas "bienes son llamadas aquellas cosas de que los omes se sirven e se ayudan". Sin embargo, la sola utilidad no basta para fijar el sentido jurídico del bien. Debe acompañarle la apropiación actual o virtual. Por eso se ha dicho que, en buena lógica, "no son bienes las cosas mismas, sino los derechos que podemos tener en ellas o por ellas".

En su origen la palabra bien estuvo destinada a señalar las cosas del mundo físico, susceptibles de apropiación. Posteriormente se aplicó a todo elemento de riqueza no sólo material, sino inmaterial. Según esto son bienes, por ejemplo, una casa, una finca, una obra científica, una marca de fábrica, un crédito, un derecho real, etc.

Clasificación de los bienes.— A pesar de la restricción conceptual, los bienes son numerosos y variados; y, por razón de utilidad práctica, la doctrina jurídica los clasifica.

Siguiendo el sistema del Código, puede sistematizarse la clasificación de los bienes, del modo siguiente: 1º) bienes corporales e incorporales; 2º) bienes muebles e inmuebles; 3º) bienes consumibles y no consumibles; 4º) bienes fungibles y no fungibles; 5º) bienes principales y accesorios; 6º) bienes divisibles e indivisibles; 7º) bienes genéricos y específicos; y, 8º) bienes singulares y universales.

1º) **Bienes corporales e incorporales.**— El Código Civil, en el Art. 602, dice que los bienes consisten en cosas corporales o incorporales.

Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro.

Incorporales las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas.

Esta es la clasificación más elemental que viene desde el Derecho Romano. Son cosas corporales, decía la Instituta, "quae tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, et denique aliae res innumerabilis". Cosas incorporales son aquellas "quae tangi non possunt qualia sunt ea quae jure consistum, sicut hereditas, usufructus, obligationes quoquo modo contractae".

Por consiguiente, para los romanos influenciados por la filosofía estoica que reducía todos los sentidos al tacto, son cosas corporales las que se pueden tocar. Para el Código, más preciso, lo son con tal que puedan ser percibidas por cualquiera de los sentidos.

Las cosas incorporales, por el contrario, pertenecen al dominio de la inteligencia y consisten en meros derechos.

Esta clasificación, por elemental que parezca, no es universalmente compartida por todos los códigos y autores. El Código Civil Alemán y los que le siguen entienden por cosas sólo los objetos corporales. Para la doctrina alemana la "corporeidad" es elemento esencial de las cosas las cuales, al decir de Lehmann, son "piezas impersonales, corporales, con sustantividad propia y que pertenecen a la naturaleza dominable".

2º) **Bienes muebles e inmuebles.**— La distinción de los bienes en muebles e inmuebles tiene en el derecho moderno importancia fundamental y grande influencia en la regulación de varias instituciones jurídicas. La enajenación de inmuebles requiere de solemnidades que son innecesarias en la de muebles. Sobre los inmuebles se puede establecer el derecho de hipoteca y sobre los muebles el de prenda. Los plazos requeridos para la prescripción son diversos para los muebles que para los inmuebles. Los muebles son susceptibles de actos de comercio y no lo son los inmuebles. El Derecho Penal hace distinción entre el hurto y el robo que consisten en la sustracción de una cosa mueble ajena y la usurpación que es el apoderamiento de un inmueble ajeno. No hay lugar a la acción rescisoria por lesión

enorme en las ventas de muebles; sí la hay en la de inmuebles. La tradición de los bienes muebles se efectúa de modo diverso que la de los inmuebles.

El Derecho romano clásico no desconoció la distinción de muebles e inmuebles; pero no le asignó importancia decisiva.

En la época justinianea, debido a la evolución de la economía romana, se introdujo esta clasificación y fue notablemente elaborada.

El derecho germánico acogió la distinción con tal fuerza que ideó ficciones para atribuir la calidad mueble a cosas que son inmuebles; la calidad inmueble a cosas que son muebles, y extendió la clasificación a las cosas inmateriales.

De acuerdo al sistema del Código, para decidir si una cosa es mueble o inmueble hay que atender a la posibilidad o imposibilidad de que pueda ser desplazada en el espacio. Si puede moverse, por sí misma o por una fuerza externa, se dice que la cosa es mueble. Si no puede transportarse de un lugar a otro, se dice que la cosa es inmueble.

Por conveniencia práctica, en ciertas ocasiones la ley reputa muebles a cosas que en realidad son inmuebles; y, a la inversa, considera inmuebles a cosas que en realidad son muebles.

Esta clasificación es aplicable, en estricto sentido, a las cosas corporales, únicas de las cuales puede decirse que están fijas en el espacio, o que se mueven. Así lo entendió el Derecho romano. Pero nuestro Código extiende la distinción a los bienes incorporales al decir, en el art. 616, que los derechos y acciones se reputan bienes muebles o inmuebles según lo sea la cosa en que han de ejercerse o que se debe.

La extensión de la clasificación a los bienes incorporales proviene del Derecho francés y atiende a la naturaleza mueble o inmueble de la cosa que es objeto del derecho.

Según Planiol, "dos razones principales han sido la causa de esta extensión un tanto curiosa. Primero, la existencia de la comunidad de bienes entre esposos, que no comprendía en principio más que a los muebles. Segundo, la existencia de las reglas especiales para la transmisión de los bienes por sucesión que hacían volver los "propios" (son los bienes reservables del derecho español) a la línea de la familia de donde el difunto los había recibido. Este carácter de reservables no debe pertenecer más que a los inmuebles. Por esta

doble razón hubo que incluir todos los bienes, corporales o incorporales, en la clasificación de muebles e inmuebles".

Bienes corporales inmuebles.— Son de tres clases: a) inmuebles por naturaleza, b) inmuebles por adherencia o incorporación y c) inmuebles por destinación.

Inmuebles por naturaleza.— Son aquellos a los que se les aplica con propiedad el concepto de inmueble; es decir, son cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro.

El Código los llama fincas o bienes raíces y son las tierras y las minas en cuanto sitios o lugares.

Las tierras comprenden el suelo y el subsuelo. Las minas son yacimientos naturales formados en el interior de la tierra y constituyen un inmueble distinto.

Inmuebles por adherencia o incorporación.— Son las cosas que adhieren permanentemente al suelo, como los edificios, los árboles y, en general, las plantas. Lo son también las losas de un pavimento, los tubos de las cañerías (art. 607), y los cuadros o espejos que están embutidos en las paredes, de manera que formen un mismo cuerpo con éstas.

Para el derecho francés, los vegetales adheridos al suelo y los edificios son inmuebles por naturaleza.

La calidad de inmueble por adherencia depende de la permanente incorporación al suelo y no de una yuxtaposición más o menos estable.

Edificios.— El sentido de la palabra edificio es amplio y no se reduce al de casa habitable. Planiol los define como "todo conjunto de materiales consolidados, con fines de permanencia, sea en la superficie del suelo o en el subsuelo".

Adherencia permanente.— El alcance de la expresión "permanentemente" que contiene el art. 605 y que es indicación del modo como han de adherir al suelo los inmuebles de esta clase, es discutible. Según Vodanovic no equivale a perpetuidad, sino que implica tan sólo incorporación estable, íntima y fija. "Así se desprende, dice, del art. (606) que declara inmuebles a las plantas, aunque su incor-

poración al suelo, por la naturaleza misma de las cosas, es esencialmente temporal. Lo mismo se deduce del art. 606 (608), que implícitamente califica de inmuebles a las yerbas de un campo mientras adhieren al suelo y a los frutos no separados de los árboles y sobre los cuales no se ha constituído un derecho a otra persona que el dueño. Si se consideran inmuebles todas estas cosas, que son de adhesión temporal a la tierra, ya que están destinadas a desaparecer en un tiempo más o menos corto, no existe razón en exigir que los edificios estén incorporados a perpetuidad al suelo, para reputarlos inmuebles".

Este mismo criterio se encuentra en Planiol: "para que una construcción sea inmueble no es necesario que haya sido erigida con fines de permanencia. De allí que los edificios y pabellones para una exposición sean inmuebles aunque estén destinados a ser demolidos al cabo de algunos meses, y a veces al cabo de algunas semanas... Pero las construcciones volantes, establecidas en la superficie del suelo por algunos días y reedificadas después de un lugar a otro, tales como las barracas de feria, no son inmuebles porque estos edificios ligeros no tienen lugar fijo. Son muebles aunque se les dé una cierta adherencia al suelo por medio de cuerdas y estacas para resistir al viento".

Inmuebles por destinación.— Son cosas muebles por naturaleza, pero que, por estar agregadas a un inmueble para su uso, cultivo y beneficio, se consideran accesorios de éste y se reputan inmuebles por destinación. Tales son las cosas que, a modo de ejemplo, se mencionan en los cuatro últimos incisos del art. 607.

Para que se produzca inmovilización por destinación es preciso que el dueño de las cosas muebles las haya colocado en un inmueble que también le pertenezca, para beneficio del mismo.

Por consiguiente, no habrá inmovilización resultante de la destinación hecha por quien no sea dueño del inmueble.

Las corrientes de agua son inmuebles.— La opinión más generalizada considera inmuebles a las corrientes de agua; pero no hay unidad de criterio en la determinación de la clase especial de inmuebles a la que pertenecen, según la clasificación en uso.

Para Valencia Zea "las fincas raíces o predios, las corrientes de agua y las minas son los únicos inmuebles por nautraleza. Carac-

teriza a los inmuebles por naturaleza el estar permanentemente fijos en un lugar y no depender de la voluntad del hombre el hacerlos cambiar de sitio". Fernando Vélez afirma: "en nuestro concepto, el agua debe considerarse como inmueble... pues aunque se mueve por sí misma y puede transportarse de un lugar a otro, observando que por su naturaleza adhiere permanentemente al suelo, no puede clasificarse como mueble". Para Francisco Cerillo "las aguas son consideradas por el Derecho como bienes con propia individualidad, distintos del suelo o del subsuelo en el cual existen. Estando incorporadas al suelo, las aguas son bienes inmuebles". La jurisprudencia chilena ha declarado que "las aguas son, por su naturaleza, bienes muebles; pero que "permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de unos predios, son cosas inmuebles por destinación". Un fallo de la Corte Suprema del Ecuador establece que la partición de aguas debe hacerse mediante documento inscrito "indispensable para la constancia legal de un acto de esta naturaleza, tratándose, como se trata, de un inmueble".

Término de la destinación.— Cuando cesa o termina la destinación de las cosas al beneficio de un inmueble, dichas cosas dejan de considerarse accesorias del mismo y pierden la calidad de inmuebles por destinación.

Influencia de la voluntad humana.— La voluntad o intención humana puede influir en la calidad jurídica de mueble o inmueble de las cosas; de tal manera que, como lo dispone el art. 610, las cosas que por ser accesorias a bienes raíces se reputan inmuebles, no dejan de serlo por su separación momentánea; por ejemplo, los bulbos o cebollas que se arrancan para volverlos a plantar, o las losas que se desencajan de su lugar para hacer alguna construcción o reparación y con ánimo de volverlas a él. Pero desde que se separan con el fin de darles diferente destino, dejan de ser inmuebles.

Bienes corporales muebles.— Los bienes muebles son de dos clases: muebles por naturaleza y muebles por anticipación. De ambas se ocupa el Código Civil.

Muebles por naturaleza.— Son las cosas que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se

muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas. Exceptúanse las que, siendo muebles por naturaleza, se reputan inmuebles por su destino, según el art. 607.

Tanto los semovientes como las cosas inanimadas transportables se rigen por los mismos principios jurídicos. Les es común el régimen legal aplicable.

Muebles por anticipación.— El art. 608 considera diversas cosas que son inmuebles, ya por naturaleza, como la tierra o arena de un suelo y los metales de una mina, ya por adherencia, como las yerbas de un campo y la madera y fruto de los árboles; ya por destinación, como los animales de un vivar.

Según el mismo artículo, todas estas cosas se reputan muebles, aun antes de su separación, para el efecto de constituir un derecho sobre dichos productos o cosas en favor de otra persona que no sea el dueño.

Estos son los muebles por anticipación, llamados así porque se los considera, no en su estado actual, sino en el que tendrán al ser separados del inmueble en que se encuentran.

La atribución anticipada de la calidad mueble tiene la ventaja de hacer posible la aplicación, a dichas cosas, de las reglas legales propias de los muebles, menos complicadas y exigentes que las reglas de los inmuebles; pero sólo para el efecto de constituir sobre ellas derechos en favor de otra persona distinta que el dueño.

Cosas de comodidad u ornato.— El art. 609 trata de ciertas cosas que suelen clavarse o fijarse en las paredes de las casas por motivos de mera ornamentación, como cuadros, espejos, tapicerías, etc.

Según la misma disposición legal, si estas cosas pueden removerse fácilmente sin detrimento de las mismas paredes, se reputan muebles. Si los cuadros o espejos están embutidos en las paredes, de manera que formen un mismo cuerpo con éstas, se considerarán parte de ellas, aunque puedan separarse sin detrimento.

La disposición del art. 609 no es superflua porque a las cosas de comodidad u ornato, aunque muebles por naturaleza, se les atribuiría la calidad de inmuebles por destinación en el supuesto de que fuesen destinadas por el dueño de ellas y del inmueble al beneficio de éste. Pero, debido a la mencionada disposición, se ha de entender

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA U
BIBLIOTECA

que tales cosas serán muebles aun cuando sirvan para comodidad u ornato del inmueble.

Dos reglas de interpretación.— Para evitar que surjan confusiones y conflictos en los negocios jurídicos, el legislador ha consignado dos reglas de interpretación aplicables a los bienes muebles.

La primera consiste en que, cuando la ley o el hombre usan de la expresión "bienes muebles", sin otra calificación, se comprenderá en ella sólo los bienes corporales muebles que lo son por naturaleza. Se excluyen por lo tanto todos los muebles que están inmovilizados, así como los derechos y acciones.

La segunda regla se refiere al entendimiento de la expresión "muebles de una casa". Esta regla excluye todo aquello que, como los documentos y papeles, los libros o sus estantes, las medallas, etc., no son parte de los llamados muebles de una casa, y dispone que esta expresión se refiera sólo a todo aquello que ordinariamente forma el ajuar de una casa, como los muebles, enseres y ropas de uso común.

3º) **Bienes consumibles y no consumibles.—** El uso que puede hacerse de las cosas muebles, por los peculiares caracteres de éstas, les afecta de diverso modo.

Se dice que las cosas son consumibles cuando se destruyen, natural o civilmente, por el primer uso que se hace de ellas. Se destruyen naturalmente cuando físicamente desaparecen, como los alimentos; y se destruyen civilmente cuando se enajenan, como las monedas.

Cosas no consumibles son aquellas que resisten usos más o menos prolongados y repetidos sin perder su propia individualidad, como los vestidos, las máquinas, etc.

Puede ocurrir que en virtud del destino económico—jurídico de las cosas, se consideren subjetivamente consumibles cosas que no lo sean objetivamente. Así un vestido, cuyo primer uso para el vendedor consiste en su enajenación, será subjetivamente consumible aunque por su naturaleza y caracteres sea objetivamente no consumible.

4º) **Bienes fungibles y no fungibles.—** Esta clasificación se refiere exclusivamente a los bienes muebles. La calidad fungible o no

fungible no depende tanto de la naturaleza de las cosas, sino de su peculiar tratamiento en las relaciones jurídicas de que son objeto.

Según Enneccerus, son fungibles las cosas que en el comercio jurídico "suelen determinarse según su número, medida o peso y que, por regla general, son sustituibles; esto es, se toman en cuenta sólo su medida y calidad, pero no individualmente, como el dinero, los granos, el vino, los libros en rústica, y con frecuencia, aunque no siempre, los títulos de valor".

Los comentadores del Derecho Romano advierten que las cosas pueden considerarse "in specie", individualmente, o "in genere", determinándolas por la calidad, el peso, el número, o la medida. Ahora bien, como dentro del género todos los individuos son equivalentes, pueden funcionar los unos por los otros "una vice alterius fungitur". Consideradas las cosas "in genere", son fungibles. Consideradas individualmente, "in specie", no son fungibles.

Por consiguiente la fungibilidad, más que una cualidad propia de las cosas, viene a ser una relación de equivalencia en virtud de la cual una cosa cumple la misma función liberatoria que otra, porque es igual pagar una obligación con cualquiera de ellas.

Este criterio clasificador tiene aplicación, por ejemplo, en la compensación, en que dos deudas se extinguen recíprocamente en valores equivalentes, si ambas son de cosas fungibles.

La intención de las partes comprometidas en la relación jurídica influye en la determinación de la calidad fungible o no fungible de las cosas. Sin embargo las partes contratantes no podrán darles esta calidad, sino a condición de que sean equivalentes; pero bien pueden decidir que las cosas equivalentes no tengan la calidad de fungibles porque en esa relación determinada han decidido considerarlas individualmente, in specie.

En consecuencia, la fungibilidad consiste en la atribución de idéntico poder liberatorio a dos o más cosas muebles; para cuyo efecto las cosas son consideradas in genere y se las designa en la relación jurídica con expresión de calidad, peso, número y medida.

Sin esta determinación las cosas fungibles no pueden ser objeto de un derecho. El legado de cosa fungible, dice el art. 1162, cuya cantidad no se determine de algún modo, no vale.

El art. 612 indica que a las cosas fungibles pertenecen las consumibles, lo cual se debe a que éstas, en cuanto tales, sólo pue-

den determinarse genéricamente con indicación de calidad, peso, número y medida; y, además, a que en las relaciones jurídicas vale para ellas el principio de que las cosas se consumen pero el género no perece.

La calidad fungible o no fungible de las cosas sirve para establecer una diferencia esencial entre el contrato de comodato y el de mutuo. Si la cosa es considerada en el contrato "in specie", hay comodato y si la cosa objeto del préstamo se considera "in genere", hay mutuo. En el comodato las cosas prestadas no son fungibles y sí lo son las cosas objeto del mutuo.

5º) **Bienes divisibles e indivisibles.**— Según el art. 1567, las cosas son susceptibles de división, ya física, intelectual o de cuota.

En sentido lato todas las cosas corporales admiten división física porque pueden ser fragmentadas. Sin embargo, la divisibilidad física a que se refiere el Código consiste en que las cosas puedan ser fraccionadas en partes homogéneas; es decir, en partes aptas para recomponer el cuerpo primitivo, conservando cada una de ellas un valor económico proporcionado al todo.

En sentido jurídico es físicamente divisible una suma de dinero, un litro de vino, una tonelada de arroz. No lo es una mesa, un cuadro, un animal vivo, porque el fraccionamiento destruye la substancia en unos casos y en otros el valor de las partes, separadamente consideradas, no es proporcional al del compuesto.

Por lo tanto, en sentido jurídico, es físicamente indivisible una cosa que no admita cómoda división, o de cuya separación resulte perjuicio, salvo que convengan en ello unánime y legítimamente los interesados. (art. 1380, regla 8º).

La divisibilidad intelectual consiste en la fragmentación en partes alícuotas del derecho que recae sobre la cosa.

En este sentido todas las cosas, corporales e incorporales, son divisibles. No lo son únicamente aquellas que la ley declara indivisibles, como la propiedad fiduciaria, las servidumbres, la medianería, el patrimonio familiar, etc.

6º) **Bienes principales y accesorios.**— El punto de partida de esta clasificación es la relación de dos cosas: la que tiene una existencia jurídica autónoma es la principal. La que le está subordinada, es la accesoria.

Esta clasificación puede aplicarse no sólo a las cosas corporales, sino a las incorporales. Así, el marco es accesorio del cuadro; la servidumbre lo es del dominio sobre el predio, y la hipoteca, del crédito.

Se aplica esta clasificación en materia de accesión y, en general, siempre que dos o más cosas se encuentren relacionadas. En estos supuestos rige el aforismo de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, "accesio cedat principali".

7º) **Bienes genéricos y específicos.—** Las cosas pueden ser designadas con mayor o menor determinación. En esto consiste la base de la clasificación.

Se dice que la cosa es genérica cuando se la designa con expresión de los caracteres comunes a todas las cosas de su mismo género o especie. Ejemplo: un caballo, una mesa.

Puede haber todavía mayor determinación dentro del género. Ejemplo: un caballo blanco, una mesa redonda.

Si la determinación es tal que llega a individualizar la cosa, se dice que ésta es específica, cuerpo cierto o individuo. Esto ocurre cuando hay determinación de los caracteres propios que distinguen la cosa designada de los demás individuos de su género o especie. Ejemplo: la casa Nº 20 de la calle Guayaquil, de tres pisos, de ladrillo, ubicada dentro de tales linderos.

Si se señalan caracteres que convienen a dos o más individuos dentro del género, la designación es genérica. Si se señalan caracteres o elementos que sólo convienen a un individuo y no a otro, la designación es específica.

Esta clasificación tiene importantes aplicaciones: una de ellas es el principio de que los individuos se destruyen pero el género no perece, de alcance en las cuestiones relacionadas con la conservación de la cosa y, en general, con la responsabilidad del deudor y con los derechos del acreedor.

Si la deuda es de un cuerpo cierto, debe el acreedor recibirlo en el estado en que se halle, dice el art. 1633, salvo las excepciones que el mismo establece. En la obligación de género, el acreedor no puede pedir determinadamente ningún individuo; y el deudor queda libre de ella entregando cualquier individuo del género, con tal que sea de calidad a lo menos mediana. (art. 1552). La pérdida de algunas cosas del género no extingue la obligación; y el acreedor no

puede oponerse a que el deudor las enajene o destruya, mientras subsistan otras para el cumplimiento de lo que debe (art. 1553). Los legados de género que no se limitan a lo que existe en el patrimonio del testador, como una vaca, un caballo, imponen la obligación de dar una cosa de mediana calidad o valor, del mismo género (art. 1165).

8º) **Bienes singulares y universales.—** Los bienes se pueden considerar individualmente, o en conexión con otros bienes. En el primer caso, el objeto del derecho es el individuo; en el segundo, el objeto del derecho es el conjunto o totalidad de bienes.

Esto sirve de base para clasificar los bienes en singulares y universales, sin que exista sobre esta clasificación un planteamiento doctrinal uniforme.

Bienes singulares son los que constituyen una individualidad física, natural o artificial.

Si la individualidad física es natural, se dice que la cosa es singular simple, como una piedra, un caballo.

Si la individualidad física es artificial, se dice que la cosa es singular compuesta, como un edificio, una diadema. Debe haber cohesión física de las cosas que integran el compuesto.

Bienes universales son conjuntos de cosas pertenecientes a un mismo dueño, vinculadas entre sí por la misma destinación económico—jurídica y designadas por una denominación común.

Dentro de la categoría de bienes universales suelen distinguirse: la universalidad de hecho, "universitas facti", y la universalidad de derecho, "universitas juris", aunque esta distinción, además de compleja "no es muy acertada, ya que lo que caracteriza, en último término, a las universalidades es su tratamiento unitario por el Derecho".

Universalidad de hecho.— La universalidad de hecho se compone de una pluralidad de cosas corporales autónomas, cada una de las cuales tiene su propia estimación económica.

Las cosas que componen la universalidad de hecho pueden ser de igual naturaleza, como las de un rebaño, una biblioteca, etc. O pueden ser de distinta naturaleza, como las de un establecimiento comercial.

En ambos casos la conexión que traba las cosas no es física, sino que depende del común destino económico. "El fin unitario a que se destinan las cosas, dice Valencia Zea, es siempre creación del dueño de la universalidad; y, en consecuencia, las universalidades de hecho tienen su fundamento en la voluntad de quien las establece".

Si las cosas que integran un conjunto no tienen valor por sí mismas, aisladamente, sino que son partes o fracciones del todo económico no hay universalidad de hecho, sino cosas simples expresadas en cantidad, peso o medida. Así, una tonelada de azúcar compuesta por innumerables granos no es universalidad. "Tampoco merecen esta calificación, dice Vodanovic, por no tener individualidad propia, las cosas que sólo apareadas llenan cumplidamente sus funciones, pues desde este punto de vista, están ligadas la una a la otra en forma indisoluble, como un par de zapatos. En las universidades de hecho las cosas agrupadas tienen por sí mismas una función o un valor, si bien consideradas en su conjunto, acrecientan aquella o aumentan éste".

La conexión de las cosas por el vínculo de la común destinación da por resultado una unidad económico—jurídica, distinta de la suma de los individuos componentes, que puede ser objeto de relaciones jurídicas.

Las universalidades de hecho son consideradas en diversas disposiciones legales como objeto de derechos reales y personales. El art. 820 del Código Civil se refiere al usufructo de ganados o rebaños. El art. 3 del Código de Comercio dice que son actos de comercio la compra y venta de un establecimiento de comercio y de las acciones de una sociedad mercantil; así como las empresas de almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés y otros establecimientos semejantes. El art. 183 del mismo Código de Comercio dispone que la venta de la totalidad de las mercaderías o efectos de un comerciante se hará por escritura pública, etc.

Al examinar esta cuestión Valencia Zea afirma que "sobre el conjunto o universalidad sólo existe un derecho de propiedad, y no tantos derechos de propiedad como cosas singulares forman el todo. Y si esto es así, debe ser posible contemplar una sola relación posesoria sobre la cosa universal".

Por el contrario Enneccerus sostiene que "no se admite la posesión y la propiedad sobre el conjunto de cosas como un todo, aunque sea posible un negocio jurídico que tenga por objeto la cosa universal".

Universalidad de derecho.— La universalidad de derecho, "universitas juris", es la agregación de derechos o relaciones jurídicas patrimoniales, reunidas por un vínculo ideal y por una denominación común. La integración de los derechos y relaciones patrimoniales depende de la ley y comprende elementos patrimoniales activos y pasivos.

¿Cuáles son las universalidades de derecho? — La doctrina no da una respuesta uniforme. Para unos no existe otra universalidad de derecho que la herencia, conjunto de derechos y obligaciones transmisibles. Según otros, son también universalidades de derecho todos los patrimonios especiales que no llegan a constituir una persona jurídica, como el peculio profesional del hijo de familia y la comunidad de gananciales.

El patrimonio.— El concepto de patrimonio es parte substancial del derecho de los bienes; y, sin embargo, no ha llegado a esclarecerse definitivamente su contenido jurídico. Primero Zachariae y luego Aubry y Rau son los que abren el camino hacia la sistematización de esta relevante noción jurídica.

La teoría clásica elaborada por Aubry y Rau afirma que "la idea de patrimonio se deduce lógicamente de la personalidad... el patrimonio es la emanación de la personalidad y la expresión de la potestad jurídica de que está investida una persona como tal".

De esta idea deducen que el patrimonio es inseparable de la persona, no termina sino con su muerte y existe en la persona aunque no tenga bienes de ninguna clase, inclusive cuando sólo tenga deudas, porque "el patrimonio no implica necesariamente un valor positivo. Puede ser como una bolsa vacía y no contener nada".

Según la teoría clásica, todos los elementos patrimoniales de una persona, activos y pasivos, se encuentran vinculados. Por eso el Código dispone, en el art. 2391, que toda obligación personal da al acreedor el derecho de hacerla efectiva en todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables.

La idea básica de la teoría clásica consiste en que toda persona tiene un solo patrimonio. El principio de la unidad del patrimonio se desprende del de la unidad de la persona.

Sin embargo, el principio de la unidad del patrimonio tiene dos excepciones en el Código. La una consiste en el beneficio de inventario en virtud del cual no se puede hacer responsables a los herederos que aceptan de las obligaciones hereditarias y testamentarias, sino hasta el valor de los bienes que han heredado (art. 1292). La otra consiste en el beneficio de separación según el cual los acreedores testamentarios podrán pedir que no se confundan los bienes del difunto con los bienes del heredero; y en virtud de este beneficio de separación tendrán derecho a que con los bienes del difunto se les cumplan las obligaciones hereditarias o testamentarias, con preferencia a las deudas propias del heredero (art. 1421).

Otra aplicación legal de la teoría del patrimonio—personalidad la tiene el Código en el art. 1147 en que dispone que los asignatarios a título universal son herederos y representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles.

La teoría clásica del patrimonio ha sido impugnada desde diversos ángulos y ha sufrido críticas. "La concepción clásica, afirma Planiol, exagera el lazo que existe entre la noción del patrimonio y la de personalidad hasta el punto de confundir las dos nociones y de reducir en definitiva el patrimonio a la aptitud para poseer".

Otras doctrinas, partiendo de los estudios de Brinz y Bekker, afirman que el patrimonio debe ser considerado como una categoría jurídica autónoma sin vinculación necesaria con una persona. Es el patrimonio sin sujeto o, como dice Duguit, "la afectación social protegida de una cierta cantidad de riqueza a un fin determinado". Según esta opinión, se reconoce que "existe patrimonio dondequiera que un cuerpo de bienes esté afectado a una destinación común, y que por consecuencia, una persona puede tener varios patrimonios".

Para Brugi "patrimonio es el conjunto de relaciones jurídicas de carácter económico, ligadas a un sujeto como a su centro natural, pero que puede separarse de éste, más o menos, sin llegar a devenir, necesariamente, persona jurídica".

Con la teoría objetiva se pretende explicar la presencia de diversos patrimonios independientes y autónomos, en sentido contrario a la idea de la unidad del patrimonio mantenida por la doctrina tradicional.

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA U.C
BIBLIOTECA

La pugna entre las teorías subjetiva y objetiva continúa. A juicio de Carbonier, el planteamiento de la doctrina clásica de Aubry y Rau sigue mereciendo aceptación en el estado actual de la ciencia jurídica debido a que explica satisfactoriamente el derecho de prenda general que ejercen los acreedores sobre todos los bienes del deudor, así como también explica el fenómeno jurídico de la sucesión a título universal. Sin embargo, se mantiene en pie el reproche de confundir el patrimonio con la aptitud para poseer.

Bienes incorporales.— El último inciso del art. 602 dice que los bienes incorporales son los que consisten en meros derechos.

Esta disposición se refiere exclusivamente a los derechos patrimoniales, y no a los que pertenecen a otras esferas jurídicas, como los derechos de familia y los llamados derechos de la personalidad.

No es uniforme, ni en la doctrina jurídica ni en la legislación, el planteamiento del problema de los derechos patrimoniales. Sin embargo, parece que no ha sido superada la doctrina clásica, adoptada por nuestro Código, que los divide en derechos reales y derechos personales.

Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona —art. 614—. Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas —art. 615—.

La estructura de ambos derechos es explicada por Demolombe del modo siguiente: "El derecho real es el que crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata; de tal modo que no se encuentran más que dos elementos, a saber: la persona que es el sujeto activo del derecho y la cosa que es el objeto. Se llama, al contrario, derecho personal, aquel que crea solamente una relación entre la persona a la cual el derecho pertenece y otra que está obligada hacia ella en razón de una cosa o de un hecho cualquiera; de tal suerte que se encuentran tres elementos, a saber: la persona que es el sujeto activo del derecho (el acreedor), la persona que es el sujeto pasivo (el deudor) y la cosa (o el hecho) que es el objeto".

Estos planteamientos no tuvieron la virtud de unificar criterios doctrinales. "La definición seduce por su sencillez, dice Planiol, porque en cierta forma da una impresión concreta del derecho de

propiedad y de los otros derechos reales... Esto en el fondo, sin embargo, es falso... Una relación de orden jurídico no puede existir entre una persona y una cosa. Ello sería un contrasentido. En principio todo derecho es una relación entre personas. Esta es la verdad elemental sobre la cual está fundada toda la ciencia del derecho y el axioma es inquebrantable".

Los reparos que se le hicieron a la doctrina clásica inspiraron la elaboración de la llamada teoría personalista del derecho. Para esta doctrina, en el derecho real de la teoría clásica no hay que ver otra cosa que un derecho personal cuyos elementos se descubren claramente: el titular del derecho es el sujeto activo de la relación jurídica y el sujeto pasivo lo componen todas las demás personas distintas del titular, sobre las cuales pesa la obligación negativa de abstenerse de conculcar el derecho y de impedir su ejercicio.

El principal defecto de la teoría personalista consiste en elaborar un concepto de obligación que no es patrimonial puesto que no grava el patrimonio del obligado.

La teoría que adopta una posición contraria a la clásica es la llamada realista, la cual suprime, como la teoría personalista, la distinción entre derechos reales y personales, pero por proceso inverso, o sea, haciendo del derecho personal un derecho real.

El derecho personal no es, dice la teoría realista, un derecho sobre la persona, sino sobre los bienes. La realidad es que en toda obligación no existe más que un patrimonio ligado a otro patrimonio. "El deudor y el acreedor, dice Gaudement, no son más que los representantes jurídicos de sus bienes".

El defecto de la teoría realista radica en prescindir por completo de las personas interesadas en la relación jurídica. Es verdad que el derecho personal o de crédito tiene un aspecto patrimonial; pero son las personas las vinculadas jurídicamente. No de otro modo podrá explicarse que subsista la obligación aunque desaparezcan los bienes.

Al parecer, la teoría clásica es más apta para dar solución a los múltiples problemas que, en este punto, confronta la ciencia jurídica; con la salvedad de que, en lugar de la relación persona—cosa, debe verse en el derecho real un poder jurídico que es ejercicio directamente por la persona en la cosa.

Acciones reales y personales.— Según los arts. 614 y 615, de los derechos personales nacen las acciones personales y de los derechos reales nacen las acciones reales.

¿Cuál es la naturaleza jurídica de la acción? — Sobre la determinación de la naturaleza de la acción existe en la literatura jurídica un intrincado laberinto de opiniones.

Las diversas posiciones doctrinales se pueden agrupar alrededor de los dos puntos de vista siguientes:

a) La acción se identifica con el derecho subjetivo material; y b) la acción es una entidad jurídica distinta del derecho subjetivo material.

"La acción del Derecho actual, dice Brugi, tiene un contenido tan general, está tan desligada del caso singular en que se invoca, que puede considerársela muy bien como un derecho distinto de aquel por el cual se solicita la tutela jurídica".

Para Chiovenda "la acción se encuentra entre los derechos potestativos... es un bien y un derecho autónomo... acción y obligación, son pues, dos derechos subjetivos distintos, que unidos llenan absolutamente la voluntad concreta de la ley que llamamos derecho objetivo".

La ciencia jurídica moderna sitúa a la acción en el campo del Derecho Público, no precisamente del Derecho procesal, sino más bien del constitucional. Y esto porque la acción consiste en una manifestación del derecho de petición inherente a la persona humana. "Este derecho, según afirma Fairén, es, en síntesis, el de acudir a la autoridad pública requiriéndola a que dirima un conflicto (por lo cual, en este caso concreto, preexiste al proceso); y tal relación jurídica entre individuo y Estado expresa la función constitucional de la jurisdicción, de administrar justicia a quien la pide. Este poder jurídico no puede ser arrebatado a nadie, pues emana de la personalidad".

Enumeración y clasificación de los derechos reales.— El inciso 2º del art. 614 dice: son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca.

¿Es limitativa la enumeración del art. 614? La respuesta no es uniforme.

Algunos autores opinan que el art. 614 no hace otra cosa que calificar de reales a los derechos allí enumerados; pero que, en la

realidad, existen otras situaciones jurídicas donde se encuentran todos los elementos de estos derechos. Tales son: el arrendamiento, la retención, la anticresis, la posesión, etc.

Sin embargo, la mayor parte de los tratadistas no ve en los ejemplos propuestos sino relaciones de carácter personal y no verdaderos derechos reales.

En todo caso hay que advertir que los derechos reales sólo pueden ser creados y reglamentados por la ley, por lo cual su número no es igual en todas las legislaciones.

Los derechos reales pueden ser principales y accesorios. Principales son aquellos que existen por sí mismos, "per se consistum", como el de propiedad, el de usufructo. Accesorios son los que existen ligados a otro derecho, como el de prenda y el de hipoteca, los cuales sólo pueden considerarse en conexión con el derecho de crédito que garantizan.

Otra clasificación de los bienes.— Puede hacerse otra clasificación de los bienes fundada, no en los peculiares caracteres de las cosas, sino en la calidad jurídica del titular del derecho de que sean objeto.

Según este criterio, los bienes se dividen en: públicos y privados.

El Código se ocupa también de los bienes públicos, aunque las cuestiones que les conciernen "no son, al decir de Bibiloni, materia de Derecho privado; son pura y exclusivamente de Derecho administrativo, y la incompetencia de un Código Civil para legislarlas es evidente". Y Pothier afirma que "las disposiciones relativas al dominio público no encajan realmente en un Código Civil, que debe tener por objeto propio el derecho privado y que, en cuanto a propiedad, debe ocuparse, sobre todo, de la que pertenece a los particulares".

De acuerdo con la opinión de estos juristas sería suficiente que el Código Civil mencionase los públicos en la enunciación general de los bienes sin abundar en normas cuya naturaleza no es civil, sino administrativa.

Cosas comunes a todos los hombres.— El art. 621 dispone que las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como la alta mar, no son susceptibles de dominio y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas.

Su uso y goce se determinan, entre individuos de una nación, por las leyes de ésta y entre distintas naciones, por el Derecho Internacional.

Sobre esta disposición hay que advertir:

a) que la condición de inapropiables corresponde a las cosas comunes en sí mismas consideradas, como la alta mar, el aire atmosférico, etc. Nada obsta, sin embargo, para que los particulares puedan hacer apropiación de una fracción o parte contenida en estas cosas.

b) Que el uso y goce a que se refiere el inciso 2º del art. 621 no son de carácter civil, sino público—administrativo.

Fuerzas o energías naturales.— ¿Son bienes las fuerzas o energías de la naturaleza?. En el estado actual de la ciencia y de la técnica es posible servirse de las fuerzas naturales con fines industriales, agrícolas, etc. Se utilizan las mareas, el viento, el aire atmosférico, la luz y el calor del sol, etc. en variadas formas y aplicaciones, y son previsibles nuevos beneficios que el hombre obtendrá de dichas fuentes naturales de energía.

Sin embargo, se ha observado que no podría atribuirse a las fuerzas de la naturaleza el carácter de bien jurídico, sino en cuanto las mismas fuerzas fuesen dominadas y encauzadas. Mientras tanto lo único que cabe es reconocer el derecho de los individuos a utilizar tales recursos en provecho particular.

¿Y la corriente eléctrica?. Muchos opinan que no puede ser considerada como un bien porque la electricidad no es fluído corporal, sino que consiste propiamente en el peculiar estado molecular que adquieren los cuerpos en determinadas circunstancias. Por consiguiente, serían bienes los alambres conductores, los acumuladores, las turbinas y dínamos, etc. pero no la llamada corriente eléctrica.

En cambio otras opiniones afirman que no hay inconveniente en atribuir a la electricidad la calidad de bien corporal, si se considera que es perceptible por los sentidos y que puede medirse y transportarse a voluntad. De allí que muchas legislaciones, acogiendo este criterio, consideran que la electricidad es un bien jurídico que puede venderse, arrendarse, hurtarse, etc. de la misma manera que los demás bienes.

La partición de aguas debe hacerse mediante documento inscrito "indispensable para la constancia legal de un acto de esta naturaleza, tratándose, como se trata, de un inmueble".

Gaceta Judicial, Serie III, No. 129.

Atentos los arts. 557 (605) y 556 (604), inciso 2º del Código Civil, los derechos hereditarios, aunque comprendan inmuebles, son diversos de los bienes raíces de que habla el primero de dichos artículos.
Gaceta Judicial.— Serie II, No. 53.

1o.) El agua que corre por una acequia, para el uso o cultivo de un predio, es un bien raíz que forma parte del predio, ya que no es posible poner las aguas entre los objetos determinados en el art. 560 (608) del Código Civil; 2o.) Por lo mismo, para que haya transferencia del dominio de tales aguas, se debe inscribir el título de venta; 3o.) El que así adquiere las aguas, sin la inscripción, no puede transmitir el dominio ni a sus herederos, ni a terceras personas; 4o.) Practicada la inscripción, después de trabada la litis, no surte, en la causa, ningún efecto.
Gaceta Judicial.— Serie III, No. 84.

"Son acciones reales los medios que la ley concede para hacer declarar en juicio, la existencia, plenitud y libertad de los derechos reales, esto es, de los derechos en la cosa, sin consideración a determinada persona".
Gaceta Judicial.— Serie III, No. 234.

CAPITULO II

DEL DOMINIO

Definición.— El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, conforme a las disposiciones de las leyes y respetando el derecho ajeno, sea individual o social. —art. 618—.

El dominio es, de todos los derechos reales, el que da a la persona el poder más amplio que pueda tener sobre una cosa. Es el derecho fundamental, "la piedra angular de todo el desarrollo jurídico de este mundo, que nos sirve de medio para la satisfacción de las exigencias humanas".

La definición del Código considera sinónimos los términos dominio y propiedad. Estas dos palabras, en verdad, sirven para designar el mismo concepto; pero la elección de una o de otra suele depender del campo científico en que se las considere: la palabra propiedad pertenece al terreno económico—jurídico, en tanto que la palabra dominio tiene un valor exclusivamente jurídico.

Origen y evolución del dominio o propiedad.— La historia de la propiedad nos demuestra que este derecho no es una noción abstracta e inmutable, sino que, al decir de Gierke, es una "categoría histórica" cuyo contenido y extensión han variado notablemente en los distintos ordenamientos jurídicos. Y las divergencias doctrinales subsisten a pesar de los esfuerzos de sistematización jurídica; lo cual se debe a que en torno al concepto de propiedad actúan vigorosamente ideas filosóficas y sociológicas de muy difícil conciliación.

A lo largo de su historia Roma conoció diversas formas de propiedad: colectiva, familiar e individual. Pertenece a la época clásica la idea de que la propiedad o dominio consiste en la "plena in re potestas". Más tarde los comentadores del Derecho romano pusieron atención preferente en las facultades que van anexas al dominio; y, a partir de ellas, elaboraron una definición que con variantes de mayor o menor significación fue acogida por las diversas legislaciones de carácter romanista: "dominium est ius utendi atque abutendi re sua quatenus juris ratio patitur".

Los pueblos germánicos, en la época anterior a la recepción del derecho romano, mantuvieron formas de propiedad variadas y

complejas. Sobre los muebles se podía ejercer propiedad individual; pero sobre los inmuebles, según los casos, la propiedad era familiar o colectiva. Después de la recepción del derecho romano se produjo una adaptación de la noción romana de la propiedad a los principios económicos y sociales.

En los demás sistemas jurídicos ha sido disímil la evolución y sistematización del derecho de propiedad.

Estado actual.— En los ordenamientos jurídicos contemporáneos se pueden distinguir tres sistemas de propiedad, a saber:

a) **la concepción liberal de la propiedad.**— Tiene su expresión en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1.789, que inspiró al Código de Napoleón, cuyo art. 1544 dispone que la propiedad es el "derecho de gozar y disponer las cosas de una manera absoluta".

Es preciso, sin embargo, tener en cuenta que la doctrina jurídica francesa nunca dejó de reconocer ciertas limitaciones o restricciones que impiden el ejercicio totalmente libre de la propiedad. Las limitaciones del dominio, como las servidumbres prediales, son regladas prolijamente en el mismo Código Civil francés. Según afirma Charmont "el propietario no está solo en el mundo: es de toda necesidad tener en cuenta la coexistencia de derechos que se limitan y comprimen recíprocamente".

b) **la concepción social de la propiedad.**— Es la tendencia jurídica más moderna y se orienta en el sentido de atribuir a la propiedad una función social. Derecho individual sin individualismo porque la propiedad otorga facultades e impone obligaciones. Los países escandinavos, Irlanda, Suiza, los países americanos, etc. caminan en esta dirección.

La concepción social significa, según Kaden, que "la propiedad, teniendo una función social es, sin embargo, un derecho real subjetivo, es decir, que confiere a su titular un poder individual y le deja la iniciativa de su empleo. Es sólo a él a quien corresponde ejercer los derechos que involucra la propiedad. Su voluntad, sus decisiones e iniciativas son el motor del uso que hará de su cosa (respetando el interés de la sociedad); no actúa por mandato, no ejercita su plan por elaboración de otras personas o de una autoridad

estatal. Obra libremente. La concepción social de la propiedad nos enseña en definitiva que la propiedad constituye una doble relación, ligando el poder individual con la obligación social".

En esta misma línea de pensamiento las podemos ubicar a las enseñanzas de la jerarquía católica: la Encíclica Mater et Magistra de S.S. Juan XXIII expone lo siguiente: "El derecho de propiedad de los bienes, aun de los productivos tiene valor permanente, precisamente porque es derecho natural fundado sobre la prioridad ontológica y de finalidad de los seres humanos particulares, respecto a la sociedad. Por otra parte, en vano se insistirá en la libre iniciativa personal en el campo económico, si a dicha iniciativa no le fuese permitido disponer libremente de los medios indispensables para su afirmación. Y, además, la historia y la experiencia atestiguan que en los regímenes políticos que no reconocen el derecho de propiedad privada de los bienes incluso productivos, son oprimidas y sofocadas las expresiones fundamentales de la libertad; por eso es legítimo deducir que éstas encuentran garantía y estímulo en aquel derecho.

"En esto halla su explicación el hecho de que ciertos movimientos político—sociales que se proponen conciliar y hacer convivir la justicia con la libertad, y que eran hasta ayer netamente negativos respecto al derecho de propiedad privada de los bienes instrumentales, hoy, más plenamente informados sobre la realidad social, revisan la propia posición y asumen, respecto a aquel derecho, una actitud substancialmente positiva... No se comprende, por tanto, cómo puede ser contradicho el carácter natural de un derecho que halla su origen prevalente y su perenne alimentación en la fecundidad del trabajo; que constituye un medio apropiado para la afirmación de la persona humana y el ejercicio de la responsabilidad de todos los campos; un elemento de consistencia y de serenidad para la vida familiar y de pacífico y ordenado progreso en la convivencia... Otro punto de doctrina es que, al derecho de propiedad privada sobre los bienes, le es intrínsecamente inherente una función social. En efecto, en el plan de la creación los bienes de la tierra están destinados, ante todo, para el digno sustento de todos los seres humanos..."

En la Encíclica "Populorum progressio" de S.S. Paulo VI, se enseña lo que sigue: "...Es decir, que la propiedad privada no constituye para nadie un derecho incondicional y absoluto. No hay ninguna razón para reservarse en uso exclusivo lo que supera a la propia

necesidad, cuando a los demás les falta lo necesario. En una palabra: el derecho de propiedad no debe jamás ejercitarse con detrimento de la utilidad común, según la doctrina tradicional de los Padres de la Iglesia y de los grandes teólogos. Si se llegase al conflicto entre los derechos privados adquiridos y las exigencias comunitarias primordiales, toca a los poderes públicos procurar una solución, con la activa participación de las personas y de los grupos sociales".

La Constitución pastoral "Gaudium et Spes" promulgada por el Concilio Vaticano II enseña: "La propiedad, como las demás formas de dominio privado sobre los bienes exteriores, contribuye a la expresión de la persona y le ofrece ocasión de ejercer su función responsable en la sociedad y en la economía. Es por ello muy importante fomentar el acceso de todos, individuos o comunidades, a algún dominio sobre los bienes externos.

La propiedad privada o un cierto dominio sobre los bienes externos aseguran a cada cual una zona absolutamente necesaria para la autonomía personal y familiar y deben ser considerados como ampliación de la libertad humana. Por último, el estimular el ejercicio de la tarea y de la responsabilidad, constituye una de las condiciones de las libertades civiles.

Las formas de este dominio o propiedad son hoy diversas y se diversifican cada día más. Todas ellas, sin embargo, continúan siendo elemento de seguridad no despreciable aun contando con los fondos sociales, derechos y servicios procurados por la sociedad. Esto debe afirmarse no sólo de las propiedades materiales, sino también de los bienes inmateriales, como es la capacidad profesional.

El derecho de propiedad privada no es incompatible con las diversas formas de propiedad pública existentes. La afectación de bienes a la propiedad pública sólo puede ser hecha por la autoridad competente de acuerdo con las exigencias del bien común y dentro de los límites de este último, supuesta la compensación adecuada. A la autoridad pública toca, además, impedir que se abuse de la propiedad privada en contra del bien común".

c) **la concepción marxista—leninista de la propiedad.**— Según la teoría jurídica marxista—leninista, el derecho de propiedad es consecuencia de la formación histórica de las "clases"; y, en consecuencia, cuando sobrevenga la sociedad comunista sin clases no podrá subsistir ningún derecho de propiedad.

En el preámbulo de la constitución soviética de 1.936 se consigna que "los fundamentos económicos de la URSS constituyen el sistema económico socialista, y que la propiedad socialista sobre los medios e instrumentos de producción ha quedado consolidada al liquidarse el sistema económico capitalista, con la anulación de la propiedad privada sobre los medios e instrumentos de producción, y con la eliminación de la explotación del hombre por el hombre".

A su vez Lenín, en declaración formulada en 1.922, afirma: "Nosotros no reconocemos nada privado; para nosotros, en el terreno de lo económico, todo es jurídico—público y no privado".

Sin embargo, según la constitución soviética, se reconoce alguna propiedad personal que se refiere a la vivienda (con exclusión del suelo), a los efectos de uso doméstico y personal, etc. Pero el ámbito asignado a la propiedad personal es insignificante frente a la propiedad estatal y a la cooperativa.

Caracteres del dominio.— Según el planteamiento general de los expositores, se le asigna al dominio un triple carácter: absoluto, exclusivo y perpetuo.

El carácter absoluto tuvo su equivalente romano en el "ius abutendi" que confirió al dueño una especie de soberanía, una potestad ilimitada de obrar en la cosa según los impulsos del propio querer.

El carácter absoluto que los romanos asignaron al dominio ha sido diversamente interpretado. Para algunos, absoluto es lo mismo que ilimitado; otros intérpretes consideran que absoluto se opone a relativo, de tal manera que propiedad absoluta no es sino propiedad oponible no a una sola persona, sino a todas.

Kaden anota, con razón, que "los juristas romanos jamás tuvieron la idea de que el propietario fuera, en principio, amo absoluto y soberano de una cosa y de que su poder sólo estuviera limitado excepcionalmente. Las reglas de derecho, la moral y la religión restringían su poder. En Roma todo propietario estaba obligado a ejercer sus derechos legalmente (malitis non sit indulgendum), a respetar los intereses de su familia, a considerar los intereses de sus vecinos y a tener en cuenta, sobre todo, el interés público (salus publica suprema lex)".

Para los tratadistas modernos, el carácter absoluto del dominio no es sino la posibilidad en que se encuentra el dueño de apro-

vechar para sí la totalidad de las utilidades y servicios de una cosa, sin más limitaciones que las exigidas por la concurrencia de otros derechos reales en la misma.

Aun en este sentido, el carácter absoluto del dominio se reduce en gran manera por las cargas fiscales y de otro orden que gravan los bienes y su utilidad.

Para evitar equívocos, algunos autores. Castán entre ellos, sustituyen el carácter absoluto del dominio con el de general, por entender que este término es más adecuado para significar el alcance del poder jurídico que el dueño ejerce sobre la cosa.

Otros autores consideran que es mejor atribuir al dominio el carácter de exclusivo. Esto consiste, a juicio de Planiol, "en la atribución del goce de una cosa a una persona determinada, con exclusión de todas las demás".

Se ha observado, sin embargo, que este "carácter unilateral de soberbia dominical" existe sólo de modo muy relativo. El dueño, en virtud del carácter exclusivo de su derecho, puede rechazar intromisiones abusivas, puede aislar su predio demarcándolo y cerrándolo; pero no puede sustraerse a la multitud de restricciones, gravámenes, servidumbres, etc., que son impuestos, ya en beneficio público, ya para la sola utilidad de los particulares; de tal manera que en el actual estado jurídico—económico es inconcebible un dominio estrictamente exclusivo.

El dominio es, finalmente, perpetuo porque no lleva en sí un elemento de caducidad que le ponga término. Significa también este carácter que el solo no ejercicio del dominio no basta a extinguirlo, mientras otra persona no adquiera el mismo derecho por prescripción.

Este carácter de perpetuidad tiene excepciones: existen derechos de dominio resolubles, como la propiedad fiduciaria. Otras veces el interés público exige que se le ponga término y por eso la Ley de Reforma Agraria y Colonización dispone que el derecho de dominio del actual propietario sobre las tierras aptas para la explotación agropecuaria se limita o extingue en los casos que la misma ley establece.

Los autores modernos señalan otros dos caracteres del dominio que, a su juicio, son fundamentales: la abstracción y la elasticidad.

"El dominio es abstracto, según Alessandri y Vodanovic, en el sentido de que tiene existencia distinta e independiente de las facultades que contiene y otorga. Por eso, aunque alguna facultad, aun

esencial, o mejor, el ejercicio de ella se sustraiga al propietario en virtud de un derecho concurrente, el dominio, abstractamente, permanece igual, no se desnaturaliza; y la facultad misma queda potencialmente dentro del derecho de propiedad; sólo su ejercicio pasa a manos del titular del derecho concurrente; o, sin pasar a otras manos, simplemente no se puede ejercitar por el propietario".

La elasticidad es el carácter que hace posible la constitución de otros derechos concurrentes con el dominio. Cuando se constituyen estos derechos, el dominio se constriñe o reduce, y cuando el derecho concurrente se extingue, toma su forma primera, expandiéndose en toda su amplitud.

Contenido del derecho de dominio.— Pertenece a la tradición del derecho la consideración de tres facultades inherentes al dominio que los romanos denominaron "usus, fructus y abusus" y que los comentaristas expresaron como el "ius utendi, fruendi, et abutendi exclusis allis".

La facultad de usar consiste en servirse de la cosa, según su naturaleza; la de gozar, en aprovechar los beneficios y productos de la cosa, y la de abusar, en consumir la cosa o en enajenarla.

Los tratadistas españoles prefieren agrupar las facultades contenidas en el dominio en dos categorías: facultades de goce o aprovechamiento y facultades de disposición. Estas dos "fundamentales atribuciones de disponer y aprovechar requieren, según Puig Peña, un supuesto o condición necesaria de ejercicio que es la posesión, y un complemento natural de protección, que es la reivindicación".

Ahora bien, el uso y el goce, o sea la facultad de aprovechamiento se encuentra también en otros derechos reales; de tal manera que la facultad que caracteriza al dominio es la de disposición.

La facultad de disposición es parte del contenido del derecho de dominio. No habrá bienes inmuebles que a perpetuidad sean inalienables, dice el art. 52 de la Constitución Política del Ecuador.

Por lo tanto sería nula, por contravenir al Derecho Público ecuatoriano, la prohibición perpetua de enajenar.

En ciertos casos la misma ley permite estipular ciertas prohibiciones de enajenar; pero éstas son temporales y constituyen una limitación del dominio. Ejemplos de prohibiciones de enajenar son las del art. 783 según el cual la propiedad fiduciaria no será enajenable entre vivos cuando el constituyente haya prohibido la enajena-

ción; la del art. 1475, num. 1º en el que se habla de la prohibición de enajenar que se impone al donatario, etc.

Se discute la validez de la cláusula contractual de no enajenar, fuera de los casos expresamente permitidos por la ley. Desde luego, la inalienabilidad perpetua está excluída porque contraviene al Derecho Público; pero la inalienabilidad contractual temporal o relativa no parece estar en pugna con los principios jurídicos. En este sentido afirma Planiol: "La inalienabilidad temporal es permitida, bajo la doble condición de que sea de poca duración y que venga justificada por un interés serio". Lo importante es que no se impida la libre circulación de los bienes.

Elementos personales del dominio.— El dominio es un derecho real; es decir, la relación dominical va de un sujeto a un objeto. El sujeto investido del poder jurídico es el elemento personal del dominio.

El elemento personal del dominio ha sufrido cambios a través de los distintos ordenamientos jurídicos.

En el Derecho Romano primitivo, en el que no se conoció otra propiedad que el "dominium ex iure quiritium" no podía ser titular del derecho quien no fuese ciudadano romano. Sólo la propiedad quiritaria del ciudadano romano estuvo amparada por la acción especial llamada "reinvindicatio". El que no era ciudadano romano podía tener la propiedad bonitaria, desamparada del Derecho primitivo, pero protegida más tarde por algunas acciones como la "publiciana in rem actio" y por las "exceptio doli" y "exceptio rei venditae et traditae". Con Justiniano desapareció el régimen de la doble propiedad y se elaboró un sistema único inspirador de legislaciones más recientes.

En el sistema feudal de la propiedad se pueden encontrar dos clases de derechos: el legal o dominio directo, radicado en el señor feudal, y el dominio útil radicado en quien, mediante concesiones que le eran otorgadas, trabajaba efectivamente la tierra. La abolición del dominio directo, con los gravámenes y cargas que llevaba anexos, trajo por consecuencia el fin del feudalismo.

El derecho posterior elaboró el sistema al modo justinianeo; es decir, a base de un régimen único de propiedad individual.

Más tarde, como resultado de elaboraciones doctrinales, se crearon sistemas en los que la propiedad deja de ser individual y viene a radicar en las colectividades o en el Estado.

En nuestro sistema legal pueden ser, in abstracto, titulares del dominio todas las personas naturales y jurídicas. Pero como para la adquisición y el ejercicio del dominio se requieren determinados actos jurídicos, la titularidad dominical concreta o actual está vinculada, en cuanto a su ejercicio, a la capacidad de la persona y a las formalidades exigidas por la ley.

Elementos reales del dominio.— El dominio es el poder jurídico más completo. Su objeto o elemento real es todo aquello que, según la técnica jurídica, tiene la calidad de bien.

Nuestro Código, de inspiración romana, dice en el art. 618 que el dominio es el derecho real en una cosa corporal. Y el art. 619 agrega que sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Es decir, según estos dos artículos, son elementos reales del dominio las cosas corporales y las incorporales, entendiendo por tales los derechos reales y los personales.

Por otra parte, al igual que otras legislaciones, el Código incluye en el régimen de la propiedad las producciones del talento o del ingenio, que pertenecen a sus autores —art. 620—.

Según la Ley de Propiedad Intelectual, es objeto de dominio toda clase de producción intelectual: filosófica, científica, religiosa, literaria, artística o de cualquiera otra índole, que pueda ser publicada y reproducida, cualquiera que sea el modo o la forma de expresión empleado —art. 1—. El autor de una obra tiene derecho de utilizarla y difundirla por cualquier medio lícito conocido. —art. 5—. La Ley garantiza los derechos de propiedad de los autores, si se trata de personas naturales, por toda su vida y por cincuenta años más a favor de sus sucesores; y si se trata de personas jurídicas, por cincuenta años contados desde la primera publicación de la obra. Vencidos los plazos señalados en este artículo, pasará la obra a dominio del Estado. —art. 11—. La propiedad intelectual es susceptible de transmisión, a cualquier título, en todo o en parte —art. 23—.

Las marcas de fábrica son también elementos reales del dominio. La Ley de Marcas de Fábrica las define como todo signo, emblema, palabra, frase o designación especial y característica, usada para distinguir artículos y demostrar su procedencia. La propiedad de la marca consiste, según el art. 10, en el derecho de usar de ella exclusivamente para los artículos a que se destina. Una marca puede heredarse o enajenarse —art. 11—, pero sólo podrá ser traspasa-

da junto con la industria a que pertenece el artículo para el cual se destina; y la venta de la industria comprenderá la de la marca, salvo estipulación contraria. El traspaso de una marca registrada deberá inscribirse en el Registro. Si no se hiciere, no tendrá valor alguno —art. 12—.

De conformidad con la Ley de Patentes de Exclusiva de Explotación de Inventos, el Estado concede exclusiva de explotación para toda invención, perfeccionamiento o importación —art. 1—. El efecto directo de la concesión de exclusiva es el asegurar al inventor o perfeccionador el pleno goce del invento o perfeccionamiento y la explotación privativa, en la forma que lo creyere conveniente —art. 3—. La exclusiva por invención o perfeccionamiento podrá durar de tres a doce años, según la importancia del invento o perfeccionamiento, y comprender a todo el territorio o a una parte de él —art. 8—. Concedida la patente, ésta se considera que es de propiedad del que la obtiene y puede transferirse por acto entre vivos y transmitirse por causa de muerte. El que adquiere los derechos del propietario de la patente, por acto entre vivos o por causa de muerte, está obligado a ponerlo en conocimiento del Ministro de Economía, para lo cual enviará copia del istrumento constitutivo de sus derechos —art. 42—.

Los anteriores son ejemplos de los llamados bienes inmateriales sobre los que se ejerce dominio, de conformidad con lo dispuesto en el art. 620.

Sin embargo los autores han criticado vigorosamente que se identifique el derecho que recae sobre estas cosas inmateriales, con el tradicional derecho de propiedad. "Si debido a su carácter exclusivo, dice Planiol, esos diversos derechos pueden ser aproximados a la propiedad, de la que constituyen formas inferiores, no deben confundirse con ella. El industrial posee sobre sus marcas de fábrica, dibujos y modelos un derecho que ha sido sancionado por el legislador; ese derecho se califica erróneamente como propiedad muchas veces, ya que, teniendo como objeto una cosa incorporal, constituye, al igual que los derechos de autor y de inventor, un derecho intelectual, cuya protección se halla garantizada por una acción contra la competencia desleal. Esta legislación... no puede ser estudiada en un tratado de Derecho Civil".

Para Federico Puig Peña, "el motivo de regular estas relaciones por el marco de la propiedad, seguramente que ha sido el apreciar la nota de exclusividad que se observa en las mismas, y sobre

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA U.C.

todo el fenómeno técnico (que parece corriente incluso en los autores) de pretender subsumir las situaciones nuevas dentro de las figuras tradicionales".

La jurisprudencia hace suya la misma objeción. Un fallo de la Corte de Casación, citado por Planiol declara "que los derechos de autor y monopolio que éstos confieren se designan erróneamente, bien sean en un lenguaje usual o en lenguaje jurídico, bajo el nombre de propiedad; que lejos de constituir una propiedad, como la que el Código Civil ha definido y organizado para los bienes muebles e inmuebles, confieren solamente a sus titulares el privilegio exclusivo de una explotación temporal".

Extensión espacial del dominio.— La extensión espacial del dominio se refiere a la individualización o determinación física del objeto sobre el cual recae. "La determinación de los límites materiales del objeto del derecho de propiedad, enseña Planiol, carece de dificultades en cuanto a las cosas muebles. La propiedad de desplazarse, característica de estos bienes, implica un cuerpo aislado de los demás. Por otra parte, sólo puede ser susceptible de derecho de propiedad un bien especializado e individualizado: un género no. En cuanto a los inmuebles, por el contrario, es frecuentemente difícil señalar de modo exacto la separación material del objeto de propiedad. Por ello el Código Civil ha previsto un procedimiento especial de delimitación: el deslinde. Pero, queda aún por determinar la extensión de la propiedad del espacio y del subsuelo".

El problema de la extensión vertical del dominio hacia el espacio aéreo y hacia el subsuelo, es complejo. La historia de las instituciones jurídicas demuestra que no se le ha dado una solución uniforme y que las discrepancias doctrinales son notables.

La vieja escuela de los glosadores asentó el principio "cujus est soli jus usque ad celum et usque ad inferos", dando al dominio una extensión extrema hacia arriba y hacia abajo.

Como reacción surgió la doctrina, atribuída a Gesterdinx, que reduce el objeto del dominio inmueble a la superficie del suelo y a lo que en ella se asienta. Arguye esta teoría que si el espacio aéreo no es un bien en sentido jurídico, no cabe hablar de dominio en relación a él; y que el subsuelo consta de elementos extraños al objeto inmediato del dominio, por lo cual es imposible que pertenezca al dueño de la superficie.

Algunos ordenamientos jurídicos, como el suizo y el alemán, adoptan una posición flexible y práctica, según la cual el dominio del suelo se extiende al espacio aéreo y al subsuelo en la medida en que lo requiera el ejercicio del mismo derecho. Por ejemplo, si el dueño del subsuelo puede edificar o plantar, debe tener la posibilidad de usar espacios verticales en ambos sentidos, para la efectividad del ejercicio de su derecho.

El código Civil ecuatoriano no resuelve claramente esta cuestión. Hay que entender, según los principios generales, que el espacio aéreo no es, en sí mismo, susceptible de dominio privado; pero el Estado, al ejercer soberanía sobre él, reglamenta su aprovechamiento.

Sobre el subsuelo no hay disposición expresa. El art. 626 se refiere a las minas, que son bienes especiales situados en el subsuelo y dispone que su dominio corresponde al Estado, no obstante el dominio de las corporaciones o de los particulares sobre la superficie de la tierra en cuyas entrañas estuvieren situadas.

Del inciso 2º del mismo art. 626 se deduce que el Estado ejerce dominio en el subsuelo y que concede a los particulares la facultad de catar y cavar en tierras de cualquier dominio para buscar las minas, la de labrar y beneficiar dichas minas, y la de disponer de ellas como dueños, con los requisitos y bajo las reglas que prescriben las leyes de minería.

En esta materia es útil tener presente la disposición del art. 6 de la Constitución de la República:

Art. 6.— El territorio del Estado es inalienable e irreductible. Comprende el de la Real Audiencia de Quito con las modificaciones introducidas por los tratados válidamente celebrados, las islas adyacentes, el Archipiélago de Colón o Galápagos, el mar territorial, el subsuelo y el espacio aéreo correspondiente.

Modalidades de la propiedad

La copropiedad.— De ordinario, los derechos subjetivos o poderes jurídicos radican en un solo titular y presentan la figura del derecho individual.

Sucede también que un mismo derecho o poder jurídico radica en varios sujetos, de lo cual resulta la figura de la comunidad o derecho colectivo.

Comunidad y copropiedad no son términos idénticos. Hay comunidad cuando un mismo derecho corresponde conjuntamente a varios sujetos. Hay copropiedad cuando la comunidad está referida al derecho de propiedad.

Elementos de la comunidad.— Según Francisco Cerillo, los elementos necesarios de la comunidad son los siguientes: "a) Unidad de objeto, o lo que es igual, indivisión material del mismo; b) pluralidad de sujetos; c) identidad cualitativa de pretensiones jurídicas; d) llamamiento simultáneo. No existe, por tanto, comunidad en los derechos a término, en las sustituciones hereditarias... ya que falta la contemporaneidad en la existencia de los derechos iguales; e) indivisión material del vínculo; y f) unidad de la relación jurídica".

La temática de la comunidad sugiere diversos problemas tales como los casos de indivisibilidad de la cosa común; las relaciones de los comuneros entre sí y de éstos con el mundo jurídico exterior, etc. Ahora bien, el planteamiento y solución de estas cuestiones depende de la manera de considerar la naturaleza jurídica de la comunidad.

Comunidad y sociedad.— La comunidad y la sociedad son dos situaciones jurídicas muy semejantes entre sí. Baudry afirma que la comunidad es un estado vecino a la sociedad; y no faltan autores que, como Donderis Tatay, las identifican.

El Código Civil ecuatoriano dispone en el art. 2232 que el derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común es el mismo que el de los socios en el haber social, y el inc. 2º del art. 2046 establece que las reglas relativas a la partición de los bienes hereditarios y a las obligaciones entre los coherederos, se aplican a la división del caudal social y a las obligaciones entre los miembros de la sociedad disuelta.

Estas disposiciones del Código significan que la sociedad y la comunidad producen algunos efectos análogos; pero, como advierte Claro Solar, no se pueden asimilar ambas instituciones y debe tenerse en cuenta que "en la comunidad no hay sino copropietarios indivisos que no se encuentran ligados unos con otros por ninguna obligación especial; y que teniendo cada uno de ellos, a pesar de la comunidad, su derecho de propiedad ut singuli sobre la totalidad de la cosa común, pueden obrar separadamente en su interés individual".

Hay otras diferencias notables entre sociedad y comunidad. La sociedad dice el art. 1984, inc. 2º del Código, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados; en tanto que, según enseña Ferrara, entre comunidad y persona jurídica existe una antítesis inconciliable.

La sociedad tiene un fin de lucro; es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan. El fin de la comunidad es, en cambio, la mera conservación y aprovechamiento de la cosa común.

Hay también diferencia en cuanto a la constitución. La sociedad resulta de un contrato "intuitu personae", en consideración a la persona con quien se celebra. La comunidad proviene de un simple hecho, y "se realizó, al decir de Claro Solar, sin que los comuneros o copropietarios persiguieran un propósito común".

Sistemas.— La doctrina jurídica ha elaborado diversos sistemas relativos a la comunidad. Casi todos se inspiran en los dos tipos clásicos: la comunidad romana y la comunidad germánica.

Comunidad romana.— Los romanos usaron el vocablo "communio" para designar un tipo de relación jurídica en la cual a varios sujetos corresponden derechos iguales sobre el mismo objeto.

Los intérpretes del Derecho Romano prefirieron usar los términos "condominium" o también "coproprietas". Atendieron de preferencia al caso más importante de comunidad, que es aquél en que los derechos están referidos a la propiedad de la cosa.

En la comunidad romana la cosa u objeto se halla en indivisión; y la parte de cada comunero no es material, sino ideal. Es una cuota-parte que se representa por un quebrado: la suma de las partes alícuotas compone la unidad.

Cada comunero puede disponer libremente de su cuota, aun sin el consentimiento de los demás comuneros.

La indivisión es transitoria porque cada comunero tiene la "actio communi dividundo" o acción de partición, con la cual se pone término a la comunidad.

Comunidad germánica.— En el sistema germánico, llamado de propiedad en mano común, la situación es diversa. Wolf explica que

las comunidades de propiedad en mano común "se encuentran en las normas sobre la sociedad, en la comunidad de bienes matrimoniales y en la comunidad de herederos. En tanto las cosas pertenezcan a estas masas patrimoniales comunes, existe en todo caso una propiedad en mano común. También en estos casos los comuneros tienen participaciones en la propiedad, pero estas participaciones no pueden expresarse siempre cuantitativamente en cuotas. El comunero no puede disponer de su participación ni solo ni con el asentimiento de los demás. Sólo cabe disponer de la totalidad de la cosa por todos los comuneros conjuntamente, o bien, sobre cuotas determinadas en las que cada comunero tendrá a su vez una participación".

La comunidad en los códigos.— El sistema romano de comunidad es el inspirador de la mayor parte de los códigos latinos.

El sistema germánico se encuentra principalmente en el derecho civil alemán; pero hay que advertir que en este Derecho no es extraño el sistema romano. Dispone el Código alemán que si la propiedad de una cosa corresponde a varias personas en común, se tratará de una comunidad por cuotas o de una comunidad en mano común. En la duda, se presume la comunidad por cuotas.

El Código ecuatoriano adoptó el sistema romano de comunidad, con la diferencia de que mientras la división de la cosa común tenía para los romanos efecto translativo, en el sistema del Código tiene efecto meramente declarativo. Pescio anota que la innovación, proveniente del antiguo derecho francés, fue introducida en varias legislaciones a través del Código de Napoleŏn.

Sin embargo, la comunidad y su especie la copropiedad no están tratadas en el Código de modo sistemático. Se encuentran disposiciones dispersas que regulan los diversos aspectos o modalidades del estado de indivisión.

Modalidades de la comunidad.— En atención al objeto sobre que recae la comunidad, a la fuente o causa que le da origen y a la duración del estado de indivisión, suelen distinguirse:

1º) **Comunidad singular y universal.**— Esta denominación atiende al carácter singular o universal de la cosa que pertenece, proindiviso, a varios sujetos. A las dos se refiere el art. 2231, que dice: la comunidad de una cosa universal o singular, entre dos o más perso-

nas, sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad o celebrado otra convención relativa a la misma cosa, es una especie de cuasi-contrato.

2º) **Comunidad incidental.**— Se considera, bajo este epígrafe, la fuente u origen de la indivisión. Es la "communio incidens" producida por un acontecimiento independiente de la voluntad de los comuneros.

En el Código se encuentran algunos casos de comunidad incidental. Así, la comunidad hereditaria originada en la muerte del causante. También la comunidad que resulta de la especificación cuando la materia del artefacto es, en parte, ajena, y en parte propia del que la hizo o mandó hacer, y las dos partes no pueden separarse sin inconveniente (art. 697, inc. 4º); y la comunidad de la cosa que se forma por mezcla de materias áridas o líquidas pertenecientes a diferentes dueños (art. 698, inc. 1º).

3º) **Comunidad voluntaria.**— Se da el nombre de comunidad voluntaria a la que proviene de un acto o contrato realizado por dos o más personas, voluntariamente.

Hay que advertir que, según el inc. 2º del art. 1360, no puede estipularse proindivisión por más de cinco años; pero cumplido este término podrá renovarse el pacto.

4º) **Comunidad forzosa.**— Hay casos de indivisión forzosa impuesta por la ley en atención a la naturaleza especial de ciertas cosas. Así ocurre con la medianería, la propiedad fiduciaria, los derechos de servidumbre, el patrimonio familiar, etc.

Los casos de indivisión forzosa son de excepción; por consiguiente tienen que estar expresados en la ley.

Explicación doctrinal de la copropiedad.— Si uno de los caracteres del dominio es la exclusividad, ¿no envuelve la copropiedad una contradicción conceptual?. El planteamiento del problema es interesante y la explicación del hecho jurídico de la copropiedad ha sido ensayada por diversas teorías.

La doctrina tradicional, de inspiración romana, considera la copropiedad como una forma de propiedad individual. Cada copropietario es dueño de una cuota - parte ideal, sobre la cual ejerce su

dominio exclusivo, pudiendo disponer de ella, gravarla, reinvindicarla, etc. Sobre la cosa misma, materialmente considerada, cada copropietario no puede obrar sin el consentimiento de los demás.

Esta explicación, a la romana, del condominio no ha merecido universal aceptación. "La cuota, afirma Ferrara, es criterio de medida, mientras el objeto de la propiedad es la cosa en su integridad" "Esta teoría, dice Planiol, hace de la indivisión un estado inorganizado que sólo puede ser provisional, debiendo ponerle fin la división o partición".

Según otra teoría, en el condominio el objeto del derecho de cada uno es la cosa común. Cada copropietario tiene derecho a la cosa; pero este derecho no es absoluto, sino limitado por la presencia de los demás derechos coexistentes. Se produce una limitación recíproca, necesaria para que "la limitada libertad de uno no excluya la libertad de los otros y puedan coexistir los varios derechos".

La propiedad horizontal.— La Ley de Propiedad Horizontal contiene diversas disposiciones indicadoras de la naturaleza jurídica de esta importante institución. El inc. 1º del art. 1 dispone que los diversos pisos de un edificio, los departamentos o locales en los que se divida cada piso, así como los departamentos o locales de las casas de un solo piso, cuando sean independientes y tengan salida a la vía pública directamente o por un pasaje común, podrán pertenecer a distintos propietarios. El art. 2 dice que cada propietario será dueño exclusivo de su piso, departamento o local y comunero en los bienes destinados al uso común. El inc. 1º del art. 14 dispone que mientras exista el edificio, ninguno de los copropietarios podrá pedir la división del suelo ni de los demás bienes comunes.

La figura jurídica llamada propiedad horizontal no es nueva en la legislación ecuatoriana; y aunque de modo incipiente, el art. 915 del Código Civil contiene importantes regulaciones sobre esta materia.

La naturaleza jurídica de la propiedad horizontal viene a ser una conjunción de la propiedad individual exclusiva y de la propiedad colectiva común.

En este tipo de propiedad, dice Planiol, "hay, por tanto, superposición de propiedades distintas y por separado, complicada por la existencia de una copropiedad que afecta las partes comunes por fuerza o bien destinadas al uso común de los diferentes propietarios".

No debe pasarse por alto que en la propiedad horizontal, aunque coinciden la propiedad individual y la común, se manifiesta la unidad jurídica del sistema. Es decir, ni la propiedad individual ni la común pueden tenerse en cuenta aisladamente en el negocio jurídico, sino que ambas son consideradas como partes integrantes de la institución, para todos los efectos.

Modos de adquirir el dominio.— Los modos de adquirir el dominio son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción. (art. 622).

Se dice que una persona adquiere un derecho cuando lo hace propio; es decir, cuando tal derecho llega a formar parte de su acervo patrimonial. Esclarecer cómo ocurre este importantísimo fenómeno jurídico es tarea de la teoría de los modos de adquirir que ocupa considerable espacio en los distintos ordenamientos del derecho civil.

Modo de adquirir es la causa inmediata que incorpora un derecho al patrimonio personal. Generalmente es un hecho al cual la ley le atribuye la virtud de generar derechos. A cada uno de los modos de adquirir corresponde un hecho típico que lo caracteriza y lo distingue de los demás: así, el hecho propio de la ocupación es la toma de posesión de una cosa sin dueño; el de la accesión es la unión de dos cosas, una de las cuales es principal y otra accesoria; el de la tradición es la entrega - recepción de una cosa; el de la sucesión por causa de muerte es el fallecimiento de una persona; y el de la prescripción es la posesión de una cosa durante cierto lapso y con los requisitos determinados en la ley.

No se puede adquirir un derecho por varios modos. Esto se debe a que, realizada la adquisición por uno de ellos, los otros no pueden obrar porque es imposible adquirir lo que ya está en el patrimonio.

Adquisición originaria.— Consiste en adquirir un derecho con prescindencia del anterior titular de ese mismo derecho. Son modos originarios de adquirir la ocupación, la accesión y la prescripción.

Adquisición derivativa.— En la adquisición derivativa se produce traslación o paso del derecho de un patrimonio a otro. Hay dos patrimonios trabados en sus calidades de antecesor y sucesor de un mismo derecho.

La traslación de derechos puede provenir de una convención, como en la tradición; o de un hecho independiente de la voluntad humana, como en la sucesión por causa de muerte.

La enumeración del art. 622 tiene el defecto de referir los modos de adquirir sólo al dominio. La realidad es que por medio de algunos de ellos se adquieren también otros derechos reales y aun los personales.

¿Existen otros modos de adquirir?— En la vida jurídica se dan adquisiciones que no encuadran en el mecanismo de ninguno de los modos de adquirir enumerados en el art. 622. Así, el poseedor de buena fe se hace dueño de los frutos percibidos antes de la citación con la demanda reinvindicatoria (art. 971, inciso 3º). El padre de familia adquiere el usufructo sobre ciertos bienes del hijo (art. 798 No. 1º). Las producciones del talento o del ingenio son propiedad de sus autores (art. 620), etc.

Los anteriores son ejemplos de las llamadas adquisiciones "ex lege", producidas por la sola disposición de la ley, la cual viene a desempeñar el papel de causa inmediata de la adquisición. En este sentido, la ley es modo de adquirir.

Elaboraciones legales relativas a los modos de adquirir.— En la época clásica del Derecho romano, la adquisición del dominio se efectuaba mediante los modos establecidos por el derecho civil, tales como la "mancipatio", la "jure cessio", la "usucapio" y la "lex", o también mediante los modos provenientes del derecho natural o de gentes, como la "occupatio" y la "traditio".

La división romanista de los modos de adquirir el dominio tenía importancia solamente en relación con la distinción que hacían los romanos de las personas que podían llegar a ser propietarias. Era diferente la situación de un ciudadano romano de la de un extranjero o peregrino, porque les afectaban normas distintas en orden a las adquisiciones patrimoniales.

Se comprende que la clasificación romana de los modos de adquirir el dominio no prosperase en el derecho moderno; tanto más que, como afirma Clemente de Diego "todos los modos son civiles en cuanto que para que produzcan algún efecto es menester que sean reconocidos y sancionados por la ley civil; pero al mismo tiempo todos son naturales, porque si la ley los sanciona es porque están de acuerdo con la naturaleza, con el Derecho natural".

La estructura de la adquisición derivativa presenta significativas variantes en las diversas legislaciones.

La teoría tradicional del título y del modo, mantenida en nuestro sistema legal, ha sufrido notables vicisitudes. No obstante, se mantiene con gran fuerza y, al decir de Vodanovic, "buena parte de la doctrina contemporánea estima ésta como la solución más correcta".

CAPITULO III

DE LOS BIENES NACIONALES

Bajo la denominación general de bienes nacionales se consideran dos clases de bienes: los bienes nacionales de uso público o bienes públicos y los bienes del Estado o bienes fiscales. El dominio de ambas clases de bienes pertenece a la Nación toda.

Esta doble consideración de los bienes públicos es tradicional. Los romanos distinguieron las cosas "quae sunt in uso publico", llamadas "res publicae" o "loca publica"; y las cosas que estaban "in pecunia populi" o "in patrimonio fisci".

La distinción entre las dos clases de bienes públicos depende, en el sistema del Código, de que el uso de dichos bienes pertenezca o no, en general, a todos los habitantes. Se llaman bienes nacionales, dice el art. 623, aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la Nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos. Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes se llaman bienes del Estado o bienes fiscales.

En el tratado de los bienes públicos se presentan dos cuestiones que han merecido amplio examen. La primera consiste en averiguar si las personas jurídico - públicas tienen o no un derecho de propiedad sobre los bienes públicos. La segunda se refiere a determinar si esta propiedad sobre los bienes públicos es idéntica a la disciplinada por el derecho civil o si, por el contrario, es de naturaleza diversa.

Para muchos tratadistas resulta contradictorio hablar de propiedad sobre bienes que, por su naturaleza o por mera disposición legal, están destinados al uso general de los habitantes. Estos bienes no pueden ser susceptibles de apropiación porque son del pueblo y ninguna persona natural o jurídica puede reclamar sobre ellos derechos privativos. "Quarum proprietas et usus ad integrum populum spectat", afirmaban los romanos, asentando una doctrina que ha sido base de varias especulaciones jurídicas.

En los bienes públicos, dice Berthelemy, no se encuentran los elementos clásicos de la propiedad: el "ius utendi", que pertenece a

todos; el "ius abutendi", que nadie puede pretender; el "ius fruendi", que sólo se concibe a título excepcional.

Sobre los bienes de uso público no puede haber ninguna propiedad, ni siquiera sui generis, afirma Bielsa: "Aun cuando el Estado los adquiera por los medios jurídicos de la adquisición de la propiedad, con sólo destinarlos al uso público ya dejan de ser considerados como propiedad; pero aunque no son susceptibles de propiedad ni de posesión, ellos no pueden ser ocupados por cualquiera (no son res nullius), pues si así fuese podría fácilmente convertirse a las cosas del dominio público en res privatae, por medio de la apropiación. Los bienes del dominio público son res quae nullius esse possunt".

Para Dalmacio Vélez Sársfield, "el Estado tiene respecto de los bienes que están en su territorio un poder, un derecho superior de legislación, de jurisdicción y de contribución que, aplicado a los inmuebles, no es otra cosa que una parte de la soberanía territorial interior. A este derecho del Estado, que no es un verdadero derecho de propiedad o dominio, corresponde sólo el deber de los propietarios de someter sus derechos a las restricciones necesarias al interés general, y de contribuir a los gastos necesarios a la existencia o al mayor bien del Estado".

Para la posición doctrinal sostenida por estos autores, el Estado sólo tiene, sobre los bienes de uso público, poderes jurisdiccionales para conservarlos y para reglamentar su uso por los habitantes.

Hauriou ha dado otro planteamiento a esta materia. En verdad, dice, "los bienes del dominio público son propiedades administrativas afectadas formalmente a la utilidad pública".

Si sobre los bienes nacionales convergen dos clases de propiedades, la pública y la privada, es problema que se plantea del modo siguiente: "Cuando una administración pública expropia, el objeto expropiado cae en su dominio privado y permanece en él hasta su afectación a un servicio, aunque la expropiación se haya hecho en virtud de la declaración de utilidad pública; es así como el dominio privado es la forma natural de la propiedad administrativa. Por otra parte, ¿por qué admitir dos especies de propiedades, una privada y otra pública? Sin contar que, cuando una dependencia del dominio público es desafectada, ella cae en el dominio privado. Sería preciso admitir que la desafectación modificaría la naturaleza de la propiedad, así como también la afectación. ¿No es más simple considerar que la naturaleza del derecho permanece invariable, y hay sólo dos

masas de bienes, las afectadas y las no afectadas, y que un objeto puede pasar de una categoría a la otra? En conclusión, por su naturaleza, hay unidad del dominio público y del dominio privado. Lo que ocurre es que la propiedad toma dos formas, lo cual determina que, mientras el dominio privado es ejercido por los procedimientos de la vida privada, el dominio público es ejercido por los procedimientos de la vida pública, dependiendo esta distinción de la afectación o desafectación en que se hallan los bienes".

El estudio de los bienes públicos sugiere otro punto de discusión, que consiste en la determinación de la naturaleza jurídica del derecho de uso que los habitantes tienen en dichos bienes.

No se trata, en ningún caso, de un derecho de uso de carácter civil, porque la naturaleza pública de esta clase de bienes impide que los particulares tengan sobre ellos derecho alguno de carácter patrimonial.

Según la teoría de los derechos públicos subjetivos, el derecho que los habitantes, en general, tienen a usar los bienes públicos, es un derecho de uso de carácter administrativo y su normación corresponde al Derecho Público.

Para Mayer, "la facultad de servirse, dentro de una cierta medida, de las cosas públicas, no es otra cosa que una parte integrante de la libertad individual y económica que, en nuestra sociedad, se considera como el patrimonio natural del hombre, de la libertad social... Si hablamos aquí de un derecho al uso de todos, es para conformarnos a la manera poco exacta con que se expresa ordinariamente esta materia. No existen consecuencias a deducir de esta expresión".

Sistema del Código.— Nuestro Código Civil sigue, en esta materia, los principios tradicionales que provienen del Derecho romano. En consecuencia, considera las dos clases de bienes públicos de que hemos hecho mención, a saber, los bienes nacionales de uso público o bienes públicos, y los bienes del Estado o bienes fiscales.

Los bienes nacionales de uso público, debido a su afectación al uso público, son inalienables e imprescriptibles. Nadie puede adquirir sobre ellos un derecho patrimonial exclusivo.

La afectación al uso público puede cesar, ya por causas naturales, como ocurre en los casos de aluvión y de mutación del álveo de un río, o por disposición expresa de la ley.

Los bienes del Estado o bienes fiscales están sometidos, en general, a los principios del Derecho privado, salvo ciertas reglamentaciones especiales exigidas por el carácter público del titular de los derechos constituídos en ellos.

En la Ley de Régimen Municipal se encuentran algunas disposiciones aplicables a la afectación o desafectación de ciertos bienes:

El art. 287 dispone que son bienes municipales aquellos sobre los cuales las municipalidades ejercen dominio.

Los bienes municipales se dividen en bienes del dominio privado y bienes del dominio público. Estos últimos se subdividen, a su vez, en bienes de uso público y bienes afectados al servicio público.

Por su parte, el art. 295 de la misma Ley dispone que los bienes de cualesquiera de las categorías establecidas en el art. 287 puede pasar a otra de las mismas, previa resolución del Concejo con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros.

Bienes públicos.— La clasificación y reglamentación de los bienes públicos incumbe al Derecho Administrativo. El Código Civil, en el Título III del Libro II, contiene varias disposiciones relativas a estos bienes, considerándolos desde el punto de vista de su composición geofísica. Según esto, el dominio público es marítimo, terrestre, fluvial y aéreo.

Dominio público marítimo.— La Comunidad Americana de Naciones expidió, en 1939 y 1940, diversas resoluciones sobre aguas territoriales y recomendó que los Estados Americanos adoptaran en su legislación particular "los principios y reglas contenidas en dichas declaraciones".

Mar territorial.—El mar adyacente, hasta una distancia de doscientas millas marinas, medidas desde los puntos más salientes de la costa continental ecuatoriana y los de las islas más extremas del Archipiélago de Colón y desde los puntos de la más baja marea, según la línea de base que se señalará por Decreto Ejecutivo, es mar territorial y de dominio nacional.

El mar adyacente comprendido entre la línea de base mencionada en el párrafo anterior y la línea de más baja marea, constituye aguas interiores y es de dominio nacional.

Si por tratados internacionales que versen sobre esta materia se determinaren para la policía y protección marítimas zonas más amplias que las fijadas en los incisos anteriores, prevalecerán las disposiciones de estos tratados.

Por Decreto Ejecutivo se determinarán las zonas diferentes del mar territorial que estarán sujetas al régimen de libre navegación marítima o al de tránsito inocente para naves extranjeras.

Son también bienes del dominio público el lecho y el subsuelo del mar adyacente (art. 628 del Código Civil).

Plataformas o zócalos submarinos.— Las plataformas o zócalos submarinos, continental e insular, adyacentes a las costas ecuatorianas, y las riquezas que se encuentran en aquellos, pertenecen al Estado, quien tendrá el aprovechamiento de ellas y ejercerá la vigilancia necesaria para la conservación de dicho patrimonio y para la protección de las zonas pesqueras correspondientes.— Considéranse como plataforma o zócalo submarino las tierras sumergidas, contiguas al territorio nacional, que se encuentran cubiertas hasta por doscientos metros de agua como máximo. (art. 625).

Playa del mar.— Se entiende por playa del mar la extensión de tierra que las olas bañan y desocupan alternativamente hasta donde llegan en las más altas mareas. (art. 630).

Claro Solar anota que la definición de playa del mar contenida en el Código no es idéntica al concepto que elaboraron las leyes romanas y las Partidas. Estas legislaciones tomaron en cuenta el caso del mar Mediterráneo en donde no hay propiamente mareas, sino diferencias de nivel del agua en las distintas estaciones del año.

Dominio público terrestre.— En general, el patrimonio público terrestre comprende los diversos lugares que, situados en la superficie del espacio territorial, están afectados al uso general de los habitantes.

El art. 623 pone como ejemplo de estos bienes nacionales de uso público, las calles, las plazas, los puentes y los caminos.

Según el art. 1º de la Ley de Caminos, son caminos públicos todas las vías de tránsito terrestre construídas para el servicio público y las declaradas de uso público. Se consideran, además, como públicos los caminos privados que han sido usados desde hace más de quince años por los habitantes de una zona.

El Decreto publicado en el Registro Oficial Nº 67 de 28 de septiembre de 1963 declaró que son bienes nacionales de uso público los nevados perpetuos y las zonas de territorio situadas a más de cuatro mil quinientos metros de altura sobre el nivel del mar.

Dominio público fluvial y lacustre.— La Ley de Aguas, promulgada el 30 de mayo de 1972, dispone que las aguas de los ríos, lagos, lagunas y manantiales que nacen y mueren en una misma heredad, nevados, caídas naturales y otras fuentes y las subterráneas, afloradas o no, son bienes nacionales de uso público que están fuera del comercio porque su dominio es inalienable e imprescriptible; no son susceptibles de posesión, accesión o cualquier otro modo de apropiación.

No hay ni se reconocen derechos de dominio adquiridos sobre ellas y los preexistentes sólo se limitan a su uso en cuanto sea eficiente y de acuerdo con esta ley. (art. 2).

En esta disposición legal se nota el afán de dejar claramente establecido que ningún particular puede hacer apropiación de aguas, cualquiera sea su origen y condición. Pero el legislador incurre en redundancia. Bastaba decir que todas las aguas son bienes nacionales de uso público y con esto quedaba suficientemente determinado el régimen jurídico aplicable.

Es sabido que los bienes nacionales de uso público, o bienes públicos, están fuera del comercio y que, por consiguiente, nadie puede constituir en ellos derecho patrimonial alguno. Su enajenación adolece de nulidad absoluta por recaer en objeto ilícito y no pueden ser objeto de posesión porque, siendo inapropiables, se excluye respecto de ellos el ánimo de dueño. Por este motivo, tampoco son prescriptibles.

Uso de aguas.— Según la misma Ley, los particulares podrán usar las aguas para diversos menesteres.

Este derecho de uso no es de carácter civil, sino administrativo y es denominado derecho de aprovechamiento.

Por derecho de aprovechamiento, dice el art. 5, se entenderá la autorización administrativa, intransferible, para el uso de las aguas. Y sólo mediante concesión de un derecho de aprovechamiento pueden utilizarse las aguas, a excepción de las que se requieran para el servicio doméstico. (art. 14).

También se conceden derechos de aprovechamiento de las aguas para consumo humano, usos domésticos y saneamiento de poblaciones, de acuerdo al art. 37.

Dominio público aéreo.— Es igualmente de dominio nacional el espacio aéreo correspondiente al territorio del Estado, incluído en éste el mar territorial definido en el artículo anterior.

El Ejecutivo reglamentará la zona de libre tránsito aéreo sobre el mar territorial. (Art. 629).

El art. 6 de la Constitución Política dispone que el territorio del Estado es inalienable. Comprende el de la Real Audiencia de Quito con las modificaciones introducidas por los tratados válidamente celebrados, las islas adyacentes, el Archipiélago de Colón o Galápagos, el mar territorial, el subsuelo y el espacio aéreo correspondiente.

La disposición constitucional citada concuerda con la más moderna doctrina jurídica. El ejercicio de la soberanía ya no se limita al suelo y al subsuelo, sino que se extiende, en sentido vertical, hacia el espacio atmosférico.

Como advierte Le Goff "la frontera es el límite que encierra el espacio - volumen... formado por una especie de barrera imaginaria constituída por líneas rectas que parten de tierra y ascienden en el aire al infinito. Estas líneas siguen en tierra el trazado exacto de la frontera lineal, y forman en el aire un límite imaginario. El volumen que se halla así encerrado entre estas líneas verticales imaginarias forma la frontera - volumen. El concepto de frontera ha cesado, pues, de ser simple. La frontera es el límite de los Estados que se determina por el triple medio del trazado lineal, de la superficie y del volumen".

En doctrina se ha hecho una distinción muy clara entre el aire y el espacio atmosférico. El aire es un elemento químico, indispensable para la vida, cuyo uso corresponde, de modo absolutamente libre, a todos los hombres; es una res communis omnium.

El espacio atmosférico es una extensión que circunda el territorio y tiene la más grande utilidad para los Estados, habida cuenta del moderno desarrollo de los transportes y las comunicaciones. Sobre él ejerce el Estado su soberanía y reglamenta el uso que corresponde a los habitantes.

La convención de París de 1919, ius receptum de los Estados signatarios, estatuye la soberanía completa y exclusiva en el espacio atmosférico situado sobre sus territorios y aguas territoriales adyacentes. Establece que "cada Estado contratante se obliga a acordar en tiempo de paz, a las aeronaves de los otros Estados contratantes, la libertad de pasaje inofensivo sobre su territorio, siempre que las condiciones estipuladas en esta Convención sean observadas, (art. 2); que cada Estado contratante "tiene el derecho de prohibir, por razones de orden militar o en interés de la seguridad pública, el vuelo por encima de determinadas zonas de su territorio a las aeronaves de los otros Estados contratantes... Cada Estado contratante se reserva el derecho, en tiempo de paz, en circunstancias excepcionales, de restringir o de prohibir provisionalmente, y con efecto inmediato, el vuelo por encima de su territorio o de una parte de su territorio, a condición de que esa restricción o prohibición sea aplicable sin distinción de nacionalidad a las aeronaves de todos los otros Estados (art. 3).

La Convención de Aviación Civil Internacional suscrita en Chicago en 1944, contiene importantes estipulaciones concordantes con las que quedan expuestas.

Si bien en la Convención de Chicago se establece que todos los países ejercen soberanía sobre su respectivo espacio aéreo, no se señala el límite del mismo, de modo que la estipulación queda planteada en términos imprecisos.

Con el perfeccionamiento de los cohetes espaciales, la atención de los juristas sobrepasó la consideración del espacio atmosférico y se dirigió hacia el espacio exterior.

¿En qué consisten el espacio aéreo y el exterior?. Las diversas convenciones internacionales sobre la materia hablan con frecuencia del espacio aéreo y del espacio exterior o extraterrestre; pero no fijan sus límites en sentido vertical, por lo cual la doctrina jurídica ha tratado de aclarar estos conceptos.

Según Kroell, "desde el punto de vista jurídico es necesario establecer el principio de que la frontera celeste está constituída por la línea donde el valor matemático del campo de gravitación terrestre es nulo. La frontera del cielo se encuentra en un lugar geométrico donde cesa la atracción terrestre y donde el peso no se manifiesta más con respecto a la tierra. Este será el límite extremo del territorio de todo Estado instalado en la superficie de nuestro planeta.

Sobre el régimen de exploración y utilización del espacio exterior, se concertó en 1967 un tratado en el cual se dejó constancia de que los Estados están convencidos "de que un tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, promoverá los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas".

El art. V de este Tratado declara que "los Estados Partes considerarán a todos los astronautas como enviados de la humanidad en el espacio ultraterrestre, y les prestarán toda la ayuda posible en caso de accidente, peligro o aterrizaje forzoso en el territorio de otro Estado Parte o en alta mar. Cuando los astronautas hagan tal aterrizaje serán devueltos con seguridad y sin demora al Estado de registro de su vehículo espacial".

LA ORBITA SINCRONICA GEOESTACIONARIA

Recibe esta denominación "una órbita circular que yace en el plano ecuatorial terrestre". El radio de dicha órbita es de 42.164 kilómetros y su altura nominal es de 35.786 kilómetros.

Ahora bien, algunos países han afirmado que tal órbita geoestacionaria constituye un recurso natural sobre el cual los Estados ejercen soberanía plena; y, en concordancia con este criterio, los países ecuatoriales, especialmente Ecuador y Colombia, acordaron en la Declaración de Bogotá que "los segmentos de la órbita sincrónica geoestacionaria que yacen sobre los Estados ecuatoriales son parte integrante del territorio sobre el cual esos Estados ejercen su soberanía nacional".

Extensión del uso de los bienes públicos.— Como principio general ha de tenerse en cuenta que es de competencia de la autoridad pública la reglamentación y vigilancia del uso que, sobre los bienes públicos, pueden ejercer todos los habitantes de la nación.

Esta reglamentación está contenida, en parte, en el Código Civil; y, además, en diversas leyes y reglamentos especiales.

Los artículos del Código Civil que regulan el uso de los bienes públicos son principalmente los siguientes: 633, 634, 635, 636, 637, 638, 639, 646, 647, 650, 890, 891 y 917.

Bienes del Estado o bienes fiscales.— Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes se llaman bienes del Estado o bienes fiscales. (inc. 3º del art. 623).

¿Cuál es la naturaleza jurídica de los bienes fiscales? Es discordante el planteamiento doctrinal y legal sobre esta materia.

La teoría fiscal tradicional, influenciada por la concepción civilista del derecho de propiedad, consideró el Derecho Patrimonial fiscal como una parte del Derecho Privado. "En el concepto proudhoniano, dice Villegas, el dominio privado del Estado o dominio del Estado, es meramente propiedad privada".

Al decir de Planiol, "el dominio privado o patrimonial del Estado, de los departamentos y de los municipios se compone de bienes de la misma naturaleza que los de los particulares". "Sin embargo, anota Fleiner, el concepto de Fisco sufrió un cambio, aunque insensible y lento. El dualismo entre Estado y Fisco resultaba incompatible con la institución de un poder público único y homogéneo, ya que el nuevo Derecho Político enseñaba que el Fisco no es una personalidad distinta del Estado, sino que sólo representa un aspecto del Estado mismo: el que afecta a sus relaciones de Derecho partimonial. Precisaba justificar de nuevo la aplicación del Derecho civil al Estado. De esta tarea se ha encargado la teoría que predomina en la ciencia hasta el día de hoy: la Administración del Estado se rige por un doble derecho, a saber, el Derecho público y el Derecho privado".

La distinción del dominio público y del dominio privado del Estado es cosa generalmente aceptada. "Sin embargo, como anota Villegas, la dificultad reside en la determinación del criterio que permita la clasificación de los bienes en uno u otro dominio. A este respecto, la doctrina presenta los más disímiles criterios distintivos de la dominicalidad".

Como se vio antes, el Código Civil parte, para establecer la distinción, de que los bienes estén o no destinados al uso general de los habitantes.

Debido a la peculiar condición del titular del dominio de los bienes fiscales, además de las normas del derecho civil, son aplicables a estos bienes diversas disposiciones propias del Derecho Público; de tal manera que se puede afirmar que estos bienes ocupan una categoría intermedia entre los bienes privados y los bienes nacionales de uso público.

Tierras.— Son bienes del Estado, dice el art. 624, todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño.

Minas.— Según el art. 626 del Código Civil, el Estado es dueño de todas las minas y yacimientos que determinan las leyes especiales respectivas, no obstante el dominio de las corporaciones o de los particulares, sobre la superficie de la tierra en cuyas entrañas estuvieren situados.

Pero se concede a los particulares la facultad de catar y cavar en tierras de cualquier dominio, para buscar las minas a que se refiere el precedente inciso, la de labrar y beneficiar dichas minas, y la de disponer de ellas como dueños, con los requisitos y bajo las reglas que prescriben las leyes de minería.

Por su parte, el art. 1º de la Ley General de Minería dice que corresponde al Estado el dominio directo de las minas, conforme al art. 626 del Código Civil, así como el de todos los minerales o substancias que, en vetas, mantos o yacimientos, constituyen depósitos o concentraciones cuya naturaleza sea diversa de la del suelo. Este dominio es inalienable e imprescindible. El Estado explotará preferentemente en forma directa las riquezas a que se refiere el inciso anterior. Puede hacer concesiones para su explotación a personas naturales o jurídicas, a condición de participar justa y equitativamente en el rendimiento de la empresa y de que los concesionarios se obliguen a invertir una parte prudencial de sus utilidades en beneficio de la economía nacional.

El art. 11 de la misma Ley de Minería dice: Por su formación las minas se clasifican en: 1) Minas de filón, veta, mantos o depósitos impregnados; 2) Minas de aluvión o lavadero, formadas generalmente en los lechos de los ríos, o de minerales arrastrados por éstos; y 3) yacimientos de hidrocarburos.

El art. 1 de la Ley de Petróleo dice: Pertenecen al Estado: a) Los criaderos, fuentes y depósitos naturales de petróleo; b) Los hidrocarburos gaseosos que se encuentren en el subsuelo o que se escapen de la superficie de la tierra; y c) Los depósitos de ozokerita y asfalto, y toda mezcla de hidrocarburos de los distintos grupos que deba su origen a los agentes naturales. Este dominio es inalienable e imprescriptible.

El art. 1 de la Ley de Lavaderos Auríferos, que se ha de interpretar en relación con los arts. 1 y 11 de la Ley General de Minería, ya transcritos, dice: El oro de los yacimientos detríticos, el que se encuentra en los terrenos de acarreo, en los cauces, playas y lechos actuales o abandonados de los ríos; en los depósitos de las cuencas lacustres y playas del mar, que se hallaren en las distintas regiones del territorio, puede ser extraído por cualquiera persona, sometiéndose a las disposiciones de esta Ley.

Nuevas islas.— Según el art. 632, pertenecerán al Estado las nuevas islas que se formen en el mar territorial y en los ríos y lagos de dominio público.

"Los portales de las casas... como lugares de tránsito, son vías públicas. . ."— Gaceta Judicial Serie III — No. 149.

"Según el art. 578 (623) del Código Civil, las aceras son bienes nacionales de uso público, como partes integrantes de las casas, y por consiguiente, corresponde a la Municipalidad la construcción y composición de las indicadas aceras".— Gaceta Judicial, Serie VI, No. 72.

Tratándose de fuentes o arroyos, una de las acepciones gramaticales y jurídicas de la palabra morir, es la de terminar su curso, por incorporación en el mar, lago o rio en que desembocan. Por lo tanto, las aguas que, naciendo en una heredad, desembocan en el mar, lago, río o quebrada que la delimita, pertenecen al dueño de ella.— G. J., Serie I, No. 135.

1o.) No se puede donar aguas de uso público, por carecer el donante, respecto de ellas, del dominio concedido por el art. 584, (631) inciso 2o. del Código Civil. La donación de dichas aguas, por lo dispuesto en el art. 1376 (1429), no puede producir ningún efecto; 3o. Al dueño de aguas no le perjudica la venta que de ellas haga otra persona.— G. J. Serie III, No. 78.

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA U.
BIBLIOTECA

"DECLARACION DE MONTEVIDEO SOBRE EL DERECHO DEL MAR"

8 de Mayo de 1970

LOS ESTADOS REPRESENTADOS EN LA REUNION DE MONTEVIDEO SOBRE EL DERECHO DEL MAR

RECONOCIENDO la existencia de un nexo geográfico, económico y social entre el mar, la tierra y el hombre que la habita, del que resulta una legítima prioridad en favor de las poblaciones ribereñas para el aprovechamiento de los recursos naturales que les ofrece su ambiente marítimo;

RECONOCIENDO, asimismo, que las normas relativas a los límites de la soberanía y de la jurisdicción nacionales sobre el mar, su suelo y su subsuelo, y a las modalidades para la explotación de sus recursos, deben tener en cuenta las realidades geográficas de los Estados ribereños y las particulares necesidades y responsabilidades económicas y sociales de los Estados en desarrollo;

CONSIDERANDO:

Que el progreso científico y tecnológico en la explotación de las riquezas naturales del mar ha creado el peligro correlativo de la depredación de los recursos biológicos por prácticas extractivas irracionales o abusivas, o por la perturbación de las condiciones ecológicas, lo que fundamenta el derecho de los Estados ribereños a tomar las medidas necesarias para la protección de dichos recursos en zonas jurisdiccionales más amplias que las tradicionales, y a regular, en dichas zonas, las actividades de la pesca y de la caza acuática que pudieran efectuar las embarcaciones de pabellón nacional o extranjero, con sujeción a sus legislaciones internas o a los acuerdos que concerten con otros Estados;

Que, tanto en declaraciones, resoluciones y tratados, especialmente interamericanos, como en declaraciones multilaterales y convenios celebrados entre Estados de la América Latina, se consagran principios jurídicos que justifican el derecho de los Estados a extender su soberanía y jurisdicción en la medida necesaria para conservar, desarrollar y explotar los recursos naturales de la zona marítima adyacente a sus costas, su suelo y su subsuelo;

Que, de acuerdo con dichos principios jurídicos, los Estados signatarios han extendido en razón de sus condiciones peculiares su soberanía o sus derechos exclusivos de jurisdicción sobre la zona marítima adyacente a sus costas, su suelo y su subsuelo, hasta una distancia de doscientas millas marítimas, contadas a partir de la línea de base del mar territorial;

Que la aplicación de medidas para la conservación de los recursos del mar, su suelo y su subsuelo, en las zonas marítimas jurisdiccionales adyacentes a sus costas por parte de los Estados ribereños redunda en definitiva

en beneficio de la humanidad, que tiene en los océanos una fuente primordial de medios para su subsistencia y desarrollo;

Que el derecho soberano de los Estados sobre sus recursos naturales ha sido reconocido y reafirmado por numerosas resoluciones de la Asamblea General y de otros órganos de las Naciones Unidas;

Que es conveniente definir en una declaración conjunta los principios que resultan de las nuevas tendencias orientadas hacia la estructuración de un Derecho Internacional en franco proceso de desarrollo progresivo, y que están recibiendo un respaldo cada vez más amplio de la comunidad internacional;

DECLARAN como Principios Básicos del Derecho del Mar:

1.— El derecho de los Estados ribereños a disponer de los recursos naturales del mar adyacente a sus costas, y del suelo y subsuelo del mismo mar, para promover el máximo desarrollo de sus economías y elevar los niveles de vida de sus pueblos;

2.— El derecho a establecer los límites de su soberanía y jurisdicción marítimas, de conformidad con sus características geográficas y geológicas y con los factores que condicionan la existencia de los recursos marinos y la necesidad de su racional aprovechamiento.

3.— El derecho a explorar, conservar y explotar los recursos vivos del mar adyacente a sus territorios, y a regular el régimen de la pesca y caza acuática;

4.— El derecho a explorar, conservar y explotar los recursos naturales de sus respectivas plataformas continentales, hasta donde la profundidad de las aguas suprayacentes permita la explotación de dichos recursos;

5.— El derecho a explorar, conservar y explotar los recursos naturales del suelo y del subsuelo de los fondos marinos, hasta el límite donde el Estado ribereño ejerza su jurisdicción sobre el mar;

6.— El derecho a adoptar medidas de reglamentación para los fines precitados aplicables en las zonas de su soberanía y jurisdicción marítimas sin perjuicio de la libertad de navegación y el sobrevuelo de las naves y aeronaves de cualquier pabellón.

Alentados por los resultados de esta Reunión, los Estados signatarios expresan además el propósito de coordinar su acción futura con la finalidad de asegurar la defensa efectiva de los principios enunciados en la presente Declaración.

Esta Declaración será conocida como la "Declaración de Montevideo sobre el Derecho del Mar".

DECLARACION DE SANTIAGO
("Declaración sobre Zona Marítima").

18 de agosto de 1952.

1.— Los Gobiernos tienen la obligación de asegurar a sus pueblos las necesarias condiciones de subsistencia y de procurarles los medios para su desarrollo económico.

2.— En consecuencia, es su deber cuidar de la conservación y protección de sus recursos naturales y reglamentar el aprovechamiento de ellos, a fin de obtener las mejores ventajas para sus respectivos países.

3.— Por lo tanto, es también su deber impedir que una explotación de dichos bienes, fuera del alcance de su jurisdicción, ponga en peligro la existencia, integridad y conservación de esas riquezas en perjuicio de los pueblos que, por su posición geográfica, poseen en sus mares fuentes insustituibles de subsistencia y de recursos económicos que les son vitales.

Por las consideraciones expuestas, los Gobiernos de Chile, Ecuador y Perú, decididos a conservar y asegurar para sus pueblos respectivos, las riquezas naturales de las zonas del mar que baña sus costas, formulan la siguiente:

DECLARACION

I) Los factores geológicos y biológicos que condicionan la existencia, conservación y desarrollo de la fauna y flora marítimas en las aguas que bañan las costas de los países declarantes, hacen que la antigua extensión del mar territorial y de la zona contigua sean insuficientes para la conservación, desarrollo y aprovechamiento de esas riquezas a que tienen derecho los países costeros.

II) Como consecuencia de estos hechos, los Gobiernos de Chile, Ecuador y Perú proclaman como norma de su política internacional marítima, la soberanía y jurisdicción exclusivas que a cada uno de ellos corresponde sobre el mar que baña las costas de sus respectivos países, hasta una distancia mínima de 200 millas marinas desde las referidas costas.

III) La jurisdicción y soberanía exclusivas sobre la zona marítima indicada, incluye también la soberanía y jurisdicción exclusivas sobre el suelo y subsuelo que a ella corresponde.

IV) En el caso de territorio insular, la Zona de 200 millas marinas se aplicará en todo el contorno de la isla o grupo de islas.

Si una isla o grupo de islas pertenecientes a uno de los países declarantes estuviere a menos de 200 millas marinas de la zona marítima general

que corresponde a otro de ellos, la zona marítima de esta isla o grupo de islas quedará limitada por el paralelo del punto en que llega al mar la frontera terrestre de los Estados respectivos.

V) La presente Declaración no significa desconocimiento de las necesarias limitaciones al ejercicio de la soberanía y jurisdicción establecidas por el Derecho Internacional en favor del paso inocente e inofensivo a través de la zona señalada para las naves de todas las naciones.

VI) Los Gobiernos de Chile, Ecuador y Perú, expresaron su propósito de suscribir acuerdos o convenciones para la aplicación de los principios indicados de esta Declaración, en los cuales se establecerán normas generales destinadas a reglamentar y proteger la caza y la pesca dentro de la zona marítima que les corresponde y a regular y coordinar la explotación y aprovechamiento de cualquier otro género de productos o riquezas naturales existentes en dichas aguas y que sean de interés común.

(f) Julio Ruiz Bourgeois, Delegado de Chile
Jorge Fernández Salazar, Delegado del Ecuador
Alberto Ulloa, Delegado del Perú.

Ratificaciones:

Ecuador: Decreto Ejecutivo N. 275, de 7 de febrero de 1955. (Reg. Of. N. 1029 de 24 de enero de 1956).

Chile: Decreto Supremo N. 423 de 23 de septiembre de 1954. (Diario Oficial de 22 de noviembre de 1954).

Perú: Resolución Legislativa N. 12305 de 6 de mayo de 1955, con el Cúmplase por Decreto Supremo de 10 de mayo de 1955. (El Peruano de 12 de mayo de 1955).

DECRETO N. 959 — A DE 28 DE JUNIO DE 1971

JOSE MARIA VELASCO IBARRA, Presidente de la República.

CONSIDERANDO:

Que el Código Civil vigente, en su artículo 628, establece que el mar territorial ecuatoriano se medirá tanto en el territorio continental de la República como en el Archipiélago de Colón (Islas Galápagos), desde las líneas de base rectas que para el efecto se señalarán por Decreto Ejecutivo;

Que una Comisión integrada por representantes del Ministerio de Relaciones Exteriores, de la Armada Nacional y del Instituto Geográfico Militar ha estudiado el trazado de esas líneas y determinado su trayectoria,

Que dicho estudio ha sido aprobado por los Ministerios de Relaciones Exteriores y Defensa Nacional, por considerar que satisface a los intereses nacionales y se halla conforme en todo con las normas de derecho internacional vigentes sobre la materia.

DECRETA:

Art. 1.— Las líneas de base rectas desde las que debe medirse la anchura del mar territorial de la República estarán constituidas por las poligonales que a continuación se describe:

I. EN EL CONTINENTE.

a) La línea partirá del punto de intersección de la frontera marítima con Colombia, con la recta Punta Manglares (Colombia) —Punta Galera (Ecuador)—,

b) De este punto, una recta que pasando por Punta Galera vaya a encontrar el punto más septentrional de la Isla de la Plata,

c) De este punto una recta a la Puntilla de Santa Elena;

d) Recta desde la Puntilla de Santa Elena en dirección al Cabo Blanco (Perú), hasta la intersección con el Paralelo Geográfico que constituye la frontera marítima con el Perú.

II. EN EL ARCHIPIELAGO DE COLON.

a) Del Islote Darwin, una recta al extremo nororiental de la Isla Pinta;

b) Recta al punto más septentrional de la Isla Genovesa;

c) Recta que pasando por Punta Valdizán, Isla San Cristóbal, corte la prolongación norte de la recta que une el extremo sur—oriental de la Isla Española con Punta Pitt, Isla San Cristóbal;

d) Recta desde esta intersección al extremo suroriental de la Isla Española;

e) Recta a Punta Sur, Isla Santa María,

f) Recta que pasando por el extremo sur—oriental de la Isla Isabela, cerca de Punta Esex, vaya a cortar la prolongación sur de la línea que una al punto más saliente de la costa occidental de la Isla Fernandina, aproximadamente en el centro de la misma, con el extremo occidental del sector sur de la Isla Isabela, en las proximidades de Punta Cristóbal,

g) De este punto de intersección una línea que pasando por el extremo occidental del sector sur de la Isla Isabela, en las proximidades de Punta Cristóbal, vaya al punto más saliente de la costa occidental de la Isla Fernandina, aproximadamente en el centro de la misma;

h) Recta a la Isla Darwin.

Art. 2.— Las zonas de mar comprendidas entre las líneas descritas en el Art. 1 (I) y la línea de costa, en el Continente, dentro de las líneas descritas en el Art. 1 (II), en el Archipiélago de Colón, constituyen aguas interiores.

Art. 3.— El Servicio Hidrográfico y Oceanográfico de la Armada Nacional con la colaboración del Instituto Geográfico Militar, realizará los trabajos geodésicos y astronómicos necesarios para determinar las coordenadas geográficas de los puntos de referencia de toda la línea, tanto en la costa continental como en la del Archipiélago de Colón y los límites externos del mar territorial, establecerá además los Azimutes y extensión de los segmentos de cada una de las poligonales descritas en el Art. 1, y cualesquier otros datos técnicos indispensables para el trazo de las referidas líneas de base rectas.

Art. 4.— El Gobierno Nacional, a través de los Ministerios respectivos pondrá a disposición del Servicio Hidrográfico y Oceanográfico de la Armada los fondos necesarios para la ejecución de los trabajos a que se refiere el Artículo 3.

Art. 5.— Concluidos los trabajos a que se refiere el Art. 3, el Servicio Hidrográfico y Oceanográfico de la Armada, con la colaboración del Instituto Geográfico Militar, trazará, sobre una carta náutica de escala conveniente, las líneas de base recta y los límites externos y laterales del mar territorial de la República.

Art. 6.— La carta náutica con los trazos a que se refiere el Art. 4 será aprobada por Decreto Ejecutivo.

Dado en el Palacio Nacional, en Quito, el 28 de junio de 1971.

Bienes de uso público

Ciertamente, acerca de la naturaleza y régimen de los bienes de uso público o común se han formulado varias teorías que van desde la revaluada hace largo tiempo que los considera como parte integrante del patrimonio del Estado y unidos a éste por un vínculo de dominio civil propiamente dicho, y con todos los atributos, facultades y prerrogativas inherentes a éste, sólo que mientras tales bienes conserven su destinación específica no pueden ser objeto de enajenaciones ni aun por parte de su titular hasta llegar a la teoría diametralmente opuesta, bien acogida por el pensamiento germano, que no solamente los declara incomerciables, sino que escapan a todo derecho subjetivo; son bienes unidos entre sí por su destinación y constituyen un patrimonio autónomo, es decir, independiente de toda persona pública o privada y respecto del cual el Estado, o sus órganos, u otras entidades oficiales tienen una función meramente tutelar en pro de los usuarios comunes.

En el medio de la precitada antítesis se ubica la teoría más generalizada, a lo menos en el pensamiento latino, que inspirada en el tradicional concepto del patrimonio—personalidad, subordina jurídicamente los bienes de uso común a la potestad del Estado o de otras entidades públicas como son, entre nosotros, los Departamentos y los Municipios. Empero, esta vinculación no se asimila al dominio civil, sino que se mira como un nexo, entre público y privado, con características propias, que somete los bienes en cuestión a la titularidad del Estado, pero que, más que prerrogativas o facultades de aprovechamiento de los mismos, le impone a éste funciones de custodia, defensa y administración. Tal es, en líneas generales, el sentido de las expresiones "dominio eminente" y "dominio **sui generis**", empleadas para designar esta figura jurídica y distinguirla de la propiedad civil o común.

Esta última variante doctrinal es la que mejor se acomoda al sistema latino de que forma parte nuestro ordenamiento positivo y es la que acertadamente ha sustentado nuestra jurisprudencia. Al respecto puede verse lo expuesto por la Sala de Negocios Generales de la Corte, en sentencia de 26 de septiembre de 1940, L., 254.

Ahora bien, ante la precitada concepción jurisprudencial, es consecuente la tesis expuesta por el censor conforme a la cual la posesión común, tal como la define y reglamenta nuestra legislación y que es proyección fáctica del clásico derecho de propiedad, no corrsponde a la situación en que se encuentra el Estado frente a los bienes de uso público, como también lo es la afirmación de que, una vez adscritos éstos a esa destinación especial, ya no pueden ser objeto de acción reinvindicatoria por parte de los propietarios desposeídos. La reinvindicación **in corpore** se hace jurídicamente imposible desde que los bienes se encuentren fuera del comercio jurídico.

Pero, estas tesis no se pueden llevar hasta el pretendido extremo de excluir de toda tutela jurídica el derecho de dominio irreversiblemente vulnerado por la actuación oficial que priva al dueño del aprovechamiento exclusivo de su bien y lo traslada al uso común. Sobre el particular conviene recordar lo expuesto por la Corte en casación de 29 de septiembre de 1934, XLI, 52. **(Cas. Civ. junio 19 de 1968. Ordinario reinvindicatorio. Vicente y Guillermo Durana Camacho vs. Distrito Especial de Bogotá).**

CAPITULO IV

DE LA OCUPACION

El modo de adquirir llamado ocupación consiste esencialmente en la aprehensión, "animo domini", de una cosa apropiable que carece actualmente de dueño. Por consiguiente, la ocupación crea la propiedad y no la transfiere; y, por lo tanto, es modo originario de adquirir.

El Derecho romano concedió notable importancia a este modo de adquirir, de derecho natural. Tanto en la época clásica como bajo Justiniano podían adquirirse por ocupación los animales salvajes, las piedras preciosas y el tesoro. Además, los romanos consideraban "res nullius" los bienes que capturaban a los enemigos de Roma en acción de guerra; de tal manera que, por este motivo, la ocupación vino a tener notable importancia.

La adquisición por ocupación es moralmente válida. "La tradición universal, se lee en la Encíclica Quadragéssimo Anno, y la Doctrina de Nuestro Predecesor León XIII atestiguan que la ocupación de una cosa sin dueño y el trabajo, o la especificación como suele decirse, son títulos originarios de propiedad. Porque a nadie se hace injuria, aunque neciamente digan algunos lo contrario, cuando se procede a ocupar lo que está al público o no pertenece a nadie. El trabajo que el hombre ejecuta en su nombre propio, y produce en los objetos nueva forma o aumenta el valor de los mismos, es también lo que adjudica estos frutos al que trabaja".

El Código francés dispone que los bienes sin otro dueño pertenecen al Estado. Esto debería excluír en el derecho francés toda clase de ocupación. Sin embargo, como enseña Planiol, "hoy se reconoce que esta atribución de las cosas sin dueño al Estado concierne únicamente a los inmuebles... Por tanto, hay en Francia cosas sin dueño; pero éstas son únicamente las cosas mobiliarias...".

Elementos de la ocupación según nuestro Código Civil.— El art. 641 dispone que por la ocupación se adquiere el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie, y cuya adquisición no está prohibida por las leyes ecuatorianas, o por el Derecho Internacional.

Los elementos esenciales de la ocupación son los siguientes:

a) Cosa mueble sin dueño;
b) aprehensión real o ficta de la misma;
c) ánimo de dueño; y,
d) adquisición no prohibida por las leyes ecuatorianas o por el Derecho Internacional.

Aunque el art. 641 habla de cosas en general, la ocupación queda limitada a las cosas muebles, porque todos los casos de ocupación considerados en el Título IV son relativos a esta clase de cosas; y porque el art. 624 dispone que son bienes del Estado todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño.

En doctrina suelen distinguirse los bienes llamados "res nullius", que jamás han tenido dueño, de los llamados "res derelictae", que tuvieron dueño pero fueron abandonados. Ambas clases de bienes son susceptibles de ocupación, ya que lo que importa para el efecto de la adquisición, es la actual vacancia.

El orden físico exige que los muebles sin dueño estén yuxtapuestos a los inmuebles. Sin embargo aquellos no son accesorios de éstos, porque si lo fuesen pertenecerían por accesión al dueño del inmueble y la ocupación no sería posible. Considerados jurídicamente, los bienes muebles sin dueño son independientes de los inmuebles en que se encuentran.

Capacidad para adquirir por ocupación.— Este modo de adquirir exige, en el sujeto, ánimo de dueño, es decir, discernimiento. De esto se sigue que los dementes y los infantes, o sea los absolutamente incapaces, no pueden adquirir por su voluntad la posesión, sea para sí mismos o para ótros. (inc. 2o. del art. 757).

Los relativamente incapaces, es decir, los que no pueden administrar libremente lo suyo, no necesitan de autorización alguna para adquirir la posesión de una cosa mueble, con tal que concurran en ello la voluntad y la aprehensión material o legal; pero no pueden ejercer los derechos de poseedores sino con la autorización que competa. (art. 757, inc. 1o.).

Diversas clases de ocupación.— La ocupación puede tener por objeto cosas animadas o inanimadas.

La ocupación de cosas animadas comprende la caza y la pesca.

La ocupación de cosas inanimadas comprende la invención o hallazgo y el descubrimiento de un tesoro.

Caza y pesca.— La caza y la pesca son especies de ocupación por las cuales se adquiere el dominio de los animales bravíos. (art. 642).

La caza y la pesca son tan antiguas como el hombre. En ellas encuentra la especie humana abundantes recursos para subsistir.

Cuando evolucionaron las complejas condiciones de la organización económico—social, la "facultas venandi aut aucupandi" tuvo que ser reglamentada. Por otra parte, las exigencias de una política de conservación de las riquezas naturales, así como la necesidad de conciliar la facultad de cazar y de pescar con el respeto al derecho de propiedad de los predios, requirieron la elaboración de adecuados ordenamientos públicos y privados.

Para los pueblos romanos, según lo establecido por el Digesto, "todos los animales que andan en la tierra, nadan en el mar, y vuelan por el aire, esto es, las bestias fieras, las aves y los peces, se hacen de los que los cogen"... "Lo que no tiene dueño, por razón natural se le concede al que lo ocupa. En cuanto a las bestias fieras o a las aves, nada importa que uno las coja en su fundo o en el ajeno; pero el que quiere entrar en el fundo ajeno por causa de cazar fieras o aves, y lo viese el señor, tiene derecho para prohibir la entrada".

Para el derecho francés, el ejercicio de la caza y de la pesca pertenece, en principio, al propietario del suelo; pero es libre en los caminos públicos. En los ríos de dominio público no puede ejercitarse sin la competente autorización. Según Planiol, "el ejercicio del derecho de caza está sujeto a determinadas condiciones o restricciones establecidas, bien por motivos de policía, bien en interés de la agricultura y de la conservación de la caza, o con un fin fiscal... La caza sólo es permitida durante el período en que se declara abierta, mediante la obtención previa de un permiso al efecto. Cualquier acto de caza realizado fuera de dicho período o sin permiso, constituye un delito".

El Código civil ecuatoriano dispone que la caza y la pesca son especies de ocupación, y ésta es modo de adquirir el dominio. Su objeto son los animales bravíos o salvajes, tales como las fieras y los peces.

El ejercicio de la caza y de la pesca, en conexión con el respeto debido a la propiedad ajena, está reglamentado en diversas disposiciones del mismo Código y en las leyes especiales como la Ley de Caza y Pesca y la Ley de Pesca y Cacería Marítima.

No se puede cazar, dice el art. 644, sino en tierras propias, o en las ajenas con permiso del dueño. Pero no será necesario este permiso, si las tierras no estuvieren cercadas, ni plantadas o cultivadas; a menos que el dueño haya prohibido expresamente cazar en ellas y notificado la prohibición.

La sanción para la contravención a lo que dispone el art. 644, está establecida en el art. 645, según el cual, si alguno cazare en tierras ajenas, sin permiso del dueño, cuando por la ley estaba obligado a obtenerlo, lo que cace será para el dueño, a quien, además, indemnizará de todo perjuicio.

En el caso previsto en el art. 645, el cazador no adquiere dominio, debido a que la caza ha sido realizada en contravención de una norma legal, y en tal circunstancia no puede surtir efecto alguno. En cambio, hay adquisición de dominio de la pieza cazada por parte del dueño de las tierras en que se efectuó, sin su permiso. ¿Cómo se produce esta adquisición? No por ocupación, porque el dueño de las tierras no realizó aprehensión alguna, sino ex lege, por la sola disposición de la ley, que en este caso es la norma del art. 645.

Los arts. 647, 648 y 649, pertenecen propiamente a la esfera administrativa. Contienen disposiciones tendientes a facilitar el ejercicio de la caza y de la pesca. El art. 649 ofrece especial interés porque establece una servidumbre administrativa al disponer que los dueños de las tierras contiguas a la playa no podrán poner cercas, ni hacer edificios, construcciones o cultivos dentro de los ocho metros, sino dejando, de trecho en trecho, suficientes y cómodos espacios para los menesteres de la pesca. En caso contrario ocurrirán los pescadores a las autoridades locales para que pongan el conveniente remedio.

El art. 646 dispone que se podrá pescar libremente en los mares; pero en el mar territorial sólo podrán pescar los ecuatorianos y los extranjeros domiciliados. Se podrá también pescar libremente en los lagos de uso público.

Sobre este punto, el art. 9 de la Ley de Pesca y Cacería Marítima dispone que la pesca en las aguas territoriales es libre para ecuatorianos y extranjeros domiciliados en el Ecuador, siempre que se

efectúe con fines de industrialización en el país o de consumo interno, o se trate de comercio de productos de pesca en estado natural.— Los actos relativos a dicho ejercicio se sujetarán a las leyes y reglamentos respectivos.

Estudio de los arts. 652 y 653.— Los arts. 652 y 653 resuelven dos hipótesis que pueden tener interés práctico.

Se entiende que el cazador o pescador se apodera del animal bravío y lo hace suyo, dice el art. 652, desde que lo ha herido gravemente, de manera que ya no le sea fácil escapar, y mientras persiste en perseguirlo, o desde que el animal ha caído en sus trampas o redes, con tal que las haya armado o tendido en paraje donde le sea lícito cazar o pescar.— Si el animal herido entra en tierras ajenas, donde no es lícito cazar sin permiso del dueño, podrá éste hacerlo suyo.

Se advierte, en primer lugar, que la caza se consuma sin necesidad de aprehensión manual del animal. Recuérdese que la ocupación exige toma de posesión y ánimo de dueño. Ahora bien, la toma de posesión se produce generalmente mediante la aprehensión real de la cosa que se adquiere; pero no siempre la exige la ley. Y se dan casos, como el del art. 652, en que es suficiente la aprehensión ficta que consiste en un hecho al cual la ley le da el valor de verdadera aprehensión. Este hecho, en el artículo mencionado, es la herida grave unida a la actual persecución del animal; o también el caer el animal en las trampas o redes armadas por el cazador en tierras donde le sea lícito cazar o pescar.

Según el art. 652, inc. 1o., el animal herido gravemente, que es actualmente perseguido por el cazador que lo hirió, pertenece a éste. Allí están los dos elementos de la ocupación: herida grave y actual persecución, equivalentes de la aprehensión con ánimo de dueño. Ahora bien, en el supuesto de que el animal así herido entrase en tierras ajenas donde no es lícito cazar sin permiso del dueño, no podría ser perseguido por el cazador, en dichas tierras, sin obtener permiso del dueño de ellas. Si no lo obtuviese, desaparecería jurídicamente la actual persecución, aunque de hecho se realizase, porque la persecución efectuada en esas condiciones contraviene al derecho ecuatoriano y no surte efectos legales. La consecuencia jurídica de esto es que, cesando la persecución válida, queda abandonado el animal, y el dueño de las tierras, si lo desea, podrá hacerlo suyo. No hay

en este caso adquisición ex lege porque el inc. 2o. del art. 652 no dice que el animal, en esas circunstancias, sea del dueño de las tierras, sino que éste podrá hacerlo suyo; y no sería facultativa la apropiación si el animal ya le perteneciese por la sola disposición de la Ley. Por tanto, si el dueño de las tierras optase por apropiarse del animal, adquiriría por ocupación, una cosa abandonada.

El caso del art. 653 es diverso. En él se dispone que no es lícito a un cazador o pescador perseguir al animal bravío que es ya perseguido por otro cazador o pescador. Si lo persiguiere sin su consentimiento y se apoderare del animal, podrá el otro reclamarlo como suyo.

Se supone aquí que un cazador persigue al animal que, o no está herido, o lo está sólo levemente. De no ser así, se repetiría el caso del artículo 652. Esto supuesto, el cazador se encontraría persiguiendo un animal sin dueño. No se ha apoderado de él todavía porque la aprehensión ficta exige actual persecución y herida grave. Sin embargo, para que no se produzcan conflictos entre los cazadores y para que el ejercicio de la caza y de la pesca se desarrolle pacíficamente, la ley prohibe que un cazador persiga a un animal que ya es perseguido por otro. Ahora bien, si el cazador llegase a capturar al animal que es actualmente perseguido por otro cazador, habría contravenido la prohibición contenida en el art. 653; y, por consiguiente, su aprehensión no surtiría efectos jurídicos; y el cazador perjudicado podría reclamar como suyo el animal, a pesar de que no realizó aprehensión alguna, ni real ni ficta.

Ahora bien, la reclamación no es otra cosa que el ejercicio de una acción reinvindicatoria, la cual presupone, en quien la ejerce, un dominio sobre el animal, adquirido ex lege.

Animales domesticados.— Según el art. 643, son animales domesticados los que, sin embargo de ser bravíos por su naturaleza, se han acostumbrado a la domesticidad, y reconocen, en cierto modo, el imperio del hombre. Estos animales, mientras conservan la costumbre de volver al amparo o dependencia del hombre, siguen la regla de los animales domésticos; y perdiendo esta costumbre, vuelven a la clase de los animales bravíos.

El art. 654 dispone que los animales bravíos pertenecen al dueño de las jaulas, pajareras, conejeras, colmenas, estanques o corrales en que estuvieren encerrados; pero luego que recobran su li-

bertad natural, puede cualquier persona apoderarse de ellos y hacerlos suyos, con tal que actualmente no vaya el dueño en seguimiento de ellos, teniéndolos a la vista, y que no se contravenga al art. 644.

Las dos disposiciones son concordantes. Mientras los animales bravíos están de algún modo sometidos al hombre, no son objeto de ocupación; y si recobran su libertad natural, vuelven a la condición de cosas sin dueño. La cuestión de hecho consistirá, por consiguiente, en determinar cuándo y en qué circunstancias se ha de entender que los animales domesticados recobran su libertad natural y se convierten en bravíos.

Abejas y palomas.— En atención a la especial importancia económica e industrial que tienen las abejas y las palomas, la ley les ha dedicado las disposiciones especiales de los arts. 655 y 656 del Código.

Tanto las abejas como las palomas, de acuerdo con los principios generales, son animales domesticados. Mientras de algún modo estén sujetos al hombre, se les aplicarán las reglas de los animales domésticos y pertenecerán al dueño de la colmena o pajarera en que se encuentren de acuerdo con la norma del art. 654. Y si recobran su libertad natural, vendrán a ser animales bravíos, esto es sin dueño, y por tanto susceptibles de ocupación, con arreglo a las normas generales.

Lo que tiene de especial el art. 655, relativo a las abejas, consiste en que no podrá prohibirse al dueño de la colmena que persiga a las abejas fugitivas en tierras que no estén cercadas ni cultivadas. Esto implica una excepción al principio general del art. 644, según el cual el dueño de tierras que no estén cercadas ni cultivadas puede impedir cazar en ellas, mediante prohibición expresa debidamente notificada. Ahora bien, esta prohibición no puede hacerse valer en contra del dueño de la colmena a pesar de que realiza una verdadera caza de las abejas fugitivas que recobran su libertad natural y toman la condición de cosas susceptibles de ocupación.

El art. 656 dispone que las palomas que abandonan un palomar y se fijan en ótro, se entenderán ocupadas legítimamente por el dueño del segundo, siempre que éste no se haya valido de alguna industria para atraerlas y aquerenciarlas. De este modo la ley establece, para las palomas, una especie de aprehensión ficta, que consiste en la fijación de las palomas en el nuevo palomar, con la consiguiente ocupación legal.

Reglas especiales aplicables a la caza y a la pesca.— En lo demás, dice el art. 657, el ejercicio de la caza y de la pesca estará sujeto a las disposiciones especiales.— No se podrá, pues, cazar o pescar sino en lugares, en temporadas, y con armas y procedimientos que no estén prohibidos.

Mediante este artículo, el Código se remite, en lo demás, es decir, en lo que no esté previsto en el mismo Código, a las leyes especiales que versen sobre la caza y la pesca.

De este modo, la ley especial se convierte en supletoria, contrariando lo dispuesto en el art. 4 según el cual, en el juzgamiento sobre materias arregladas por leyes especiales, no se aplicarán las disposiciones de este Código, sino a falta de esas leyes.

Animales domésticos.— Se llaman animales domésticos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 643, los que pertenecen a especies que viven ordinariamente bajo la dependencia del hombre, como las gallinas, las ovejas.

La calidad de doméstico no depende tanto de que el animal esté actualmente sujeto al hombre, sino de que pertenezca a especies que ordinariamente viven de este modo. A esto se debe que el dueño conserve dominio sobre los animales domésticos fugitivos, aun cuando hayan entrado en tierras ajenas, salvo en cuanto las ordenanzas de policía rural o urbana establecieren lo contrario. (art. 658).

Los animales domésticos están sujetos a dominio y no son, por consiguiente, objetos de ocupación.

Ocupación de cosas inanimadas.— La invención o hallazgo es una especie de ocupación por la cual el que encuentra una cosa inanimada que no pertenece a nadie, adquiere su dominio, apoderándose de ella. (art. 659).

La invención o hallazgo se rige por las normas generales de la ocupación, y por las propias de esta especie de ocupación, contenidas en los arts. 659 y siguientes.

1o.) **Sustancias que arroja el mar.**— Por invención o hallazgo se adquiere el dominio de las piedras, conchas y otras sustancias que arroja el mar, y que no presentan señales de dominio anterior (inc. 2o. del art. 659).

En la ocupación de estas cosas es necesaria la aprehensión material. No cabe la ficta porque del inc. 1o. de este mismo artículo se deduce que la adquisición es consecuencia del apoderamiento.

2o.) **Cosas abandonadas.—** Se adquieren del mismo modo, dice el inc. 3o. del art. 659, las cosas cuya propiedad abandona su dueño, como las monedas que se arrojan para que las haga suyas el primer ocupante.

Las cosas abandonadas se denominaron en el Derecho romano, "res derelictae", y fueron consideradas, para los efectos jurídicos, iguales que las "res nullius", porque se entendió que el dueño, al hacer abandono de la cosa, se desprende de su propiedad y posesión, que no pasan a otras manos.

La tradición del derecho ha acogido esta doctrina.

El abandono jamás se presume. Debe establecerse de modo inequívoco; y, en caso de duda, se entenderá que la cosa está simplemente perdida para su dueño.

El principio de que el abandono no se presume tiene aplicación en el último inciso del art. 659, según el cual no se presumen abandonadas por sus dueños las cosas que los navegantes arrojan al mar para alijar la nave.

Para la doctrina jurídica alemana, el abandono debe constar de una declaración unilateral y de un acto de desposesión, coincidentes o no, acomodados a los principios generales relativos a la capacidad de las personas. En el mismo sentido Brugi afirma que "cuando se pruebe el carácter de cosa abandonada, será necesario que el propietario tenga capacidad de abandonar". Según Planiol, el abandono puede ser voluntario o forzoso. "Otros muebles, dice, han sido anteriormente objeto de propiedad privada, pero han sido abandonados más tarde por sus dueños: tales son las res derelictae. Este abandono voluntario o forzoso extingue la propiedad: como no existe regla legal que atribuya las cosas abandonadas al Estado, la ocupación puede darse".

Como el abandono no se presume, es preciso que conste de modo expreso o que pueda establecerse por señales inequívocas. Al no constar el abandono de modo claro y cierto, se considera que la cosa, que no se encuentra bajo el poder de su dueño, es una cosa perdida. Por consiguiente el apoderamiento que de dicha cosa haga otra persona, no le conferirá dominio porque no puede darse, respecto de ella, adquisición por ocupación.

3o.) **Tesoro.**— El inc. 1o. del art. 660 dice que el descubrimiento de un tesoro es una especie de invención o hallazgo. Por tanto, es una especie de ocupación.

El concepto jurídico de tesoro ha sufrido algunas variaciones en los ordenamientos jurídicos y en la doctrina. El "thesaurus" del primitivo Derecho romano es una cosa oculta, que no está a la vista. Para el Digesto, es un depósito de objetos preciosos antiguos, sepultados bajo tierra, sin que haya memoria del dueño. La legislación española entiende que tesoro es "el depósito oculto e ignorado de dinero, alhajas u otros objetos preciosos, cuya legítima pertenencia no consta". El Código alemán lo define como "una cosa que ha permanecido oculta durante tanto tiempo, que ya no es posible hallar a su dueño".

El inc. 2o. del art. 660 de nuestro Código Civil dice que se llama tesoro la moneda o joyas u otros efectos preciosos que, elaborados por el hombre, han estado largo tiempo sepultados o escondidos sin que haya memoria ni indicio de su dueño.

La definición del Código exige los siguientes requisitos:

a) que los objetos sean preciosos, es decir, de apreciable valor económico;
b) que estos objetos preciosos hayan sido elaborados por el hombre;
c) que estos objetos preciosos, elaborados por el hombre, hayan estado largo tiempo sepultados o escondidos. Es decir, pueden estar sepultados sub terra, o simplemente escondidos en un mueble, como armario, etc.;
d) que no haya memoria ni indicio del dueño de dichos objetos.

La exigencia legal de que los objetos hayan estado largo tiempo sepultados o escondidos, y que además se haya perdido la memoria o indicio del dueño, es criticable. Al parecer, lo esencial consiste en que se haya perdido toda memoria o indicio del dueño; lo cual puede ocurrir en un tiempo relativamente breve. Así lo entiende Planiol cuando dice que la antigüedad del tesoro es "una característica ordinaria pero no necesaria. El enterramiento puede ser de fecha reciente. Si nadie puede justificar su derecho sobre la cosa, ésta constituye un tesoro". El Derecho español prescinde del requisito de la antigüedad del tesoro, y el Código alemán exige que la cosa haya

permanecido oculta tanto tiempo como sea necesario para que resulte imposible hallar a su dueño.

Calidad jurídica del tesoro.— Los objetos que componen el tesoro son "res nullius" y pueden, por lo mismo, adquirirse por ocupación. Esto significa que el tesoro no es accesorio del bien en que se encuentra.

Apropiación del tesoro.— La aprehensión del tesoro es siempre ficta. Consiste en el descubrimiento, o sea en la manifestación de lo que estaba oculto. Ocupa el que descubre, sin que sea necesario que el ocupante tome los objetos en sus manos ni realice ninguna otra operación semejante.

El Código considera varias situaciones relacionadas con el descubrimiento del tesoro, a las cuales se refiere el art. 661.

Se consideran varios casos:

a) El tesoro encontrado en terreno ajeno, de modo fortuito, o como resultado de la búsqueda realizada con permiso del dueño del terreno, se dividirá, por partes iguales, entre el dueño del terreno y la persona que haya hecho el descubrimiento.

De acuerdo con el texto del art. 661, la división del tesoro en dos partes, una para el descubridor y otra para el dueño del terreno, debe hacerse solamente en el caso en que el tesoro hubiese sido encontrado en terreno ajeno, es decir, sub terra; y no en el caso en que el tesoro hubiera sido descubierto en un mueble ajeno.

En esta hipótesis el descubridor se hace dueño de la mitad del tesoro, por ocupación; y el dueño del terreno adquiere el dominio de la otra mitad, ex lege, por la sola disposición de la ley.

b) En los demás casos, o cuando sean una misma persona el dueño del terreno y el descubridor, pertenecerá todo el tesoro al dueño del terreno. (último inc. del art. 661).

Cosas perdidas.— La legislación ecuatoriana, tanto civil como penal, afirma inequívocamente que las cosas perdidas no son susceptibles de apropiación. Si se encuentra alguna especie mueble al parecer perdida, dice el art. 664, deberá ponerse a disposición de su dueño; y no presentándose nadie que pruebe ser suya, se entregará a la autoridad competente, la cual deberá dar aviso del hallazgo en un

periódico del lugar, si lo hubiere, y en carteles públicos, que se fijarán en tres de los parajes más frecuentados del mismo. Y el art. 575, num. 24 del Código Penal dispone que serán reprimidos con multa de once a veinte sucres y prisión de un día, o con una de estas penas solamente, los que no consignaren en la Policía, en el término de tres días, las cosas ajenas encontradas en cualquier lugar.

Las palabras encuentro y hallazgo, que se leen en el art. 664, tienen un sentido diferente al que les da el art. 659. En éste denotan una especie de ocupación; en aquél, son simples acontecimientos que no confieren dominio.

La distinción entre cosas abandonadas y cosas perdidas es clara en el Código. Son diversas las normas aplicables a unas y a otras. Las cosas abandonadas adquieren la categoría de res nullius y pueden ser adquiridas por ocupación. Las cosas perdidas tienen dueño, aunque éste ignore accidentalmente su paradero y no son objeto de ocupación.

El encuentro de una cosa perdida da lugar a una situación en todo diversa de la ocupación. El hallador debe buscar al dueño y entregarle la cosa encontrada; y no pudiendo dar con él, queda obligado, bajo sanciones de orden civil y penal, a entregarla a la autoridad competente, la cual deberá realizar las diligencias necesarias para encontrar al dueño.

Si en el curso del año subsiguiente al último aviso, dice el art. 665, no se presentare persona que justifique su dominio, se venderá la especie en pública subasta; se deducirán del producto las expensas de aprehensión, conservación y demás que ocurrieren; y el remanente se dividirá, por partes iguales, entre la persona que encontró la especie y la institución designada por la ley.

Si aparece el dueño antes de subastada la especie, le será restituída, pagando las expensas y lo que, a título de salvamento, adjudicare la autoridad competente al que encontró y denunció la especie. Si el dueño hubiere ofrecido recompensa por el hallazgo, el denunciador elegirá entre el premio de salvamento y la recompensa ofrecida. (art. 667).

Subastada la especie, se mirará como irrevocablemente perdida para el dueño. (art. 668).

Antes de subastada la especie, no hay pérdida del dominio sobre ella; pero la posesión queda interrumpida porque, sin haber pasa-

do a otras manos, se ha hecho imposible el ejercicio de actos posesorios.

Es discutible la naturaleza jurídica del hallazgo de una cosa perdida. Ni los tratadistas franceses la explican suficientemente, a pesar de que en el sistema francés la cosa encontrada ingresa, en definitiva, en el patrimonio del hallador. Bajo la denominación de objetos perdidos, dice Planiol, "se comprende toda cosa mueble perdida por su propietario. Hay que distinguirlas de las "res derelictae". La cosa perdida no es una cosa sin dueño, susceptible de adquirirse por ocupación; su propietario no ha renunciado a su propiedad; a veces hasta ignora que la haya perdido... Sin embargo, en la mayor parte de los casos, el propietario de la cosa perdida está imposibilitado de reclamarla, por ignorar su paradero. La cosa, en tal caso, pasa a ser definitivamente del inventor, de tal modo que la invención o hallazgo de cosas perdidas aparece como un modo de adquirir **próximo** a la ocupación".

Para el tratadista alemán Enneccerus, el hallazgo de una cosa mueble perdida da lugar a una gestión de negocios ajenos, sin mandato, que traba al hallador con el titular del derecho a recibir la cosa.

Según el Derecho alemán, la adquisición de la propiedad de la cosa por el hallador o por el Municipio, puede dar lugar a un enriquecimiento sin causa, atribuyendo al que perdió la especie, la acción correspondiente, por tres años.

Captura bélica.— El art. 675 dispone que el Estado se hace dueño de todas las propiedades que se toman en guerra de nación a nación, y dispone de ellas con arreglo a leyes especiales.

¿Por qué consta esta disposición en el Código Civil?.— La guerra internacional consiste en un conflicto armado entre dos o más Estados; y todo lo que con ella se relaciona es materia de Derecho Internacional. Pero "hay una doctrina tradicional, dice Planiol, que por rutina, cita aún como caso de ocupación la captura del botín del enemigo, dándose a esta captura el nombre de occupatio bellica".

El antecedente de la disposición es romano. Según Gayo y Pomponio, eran res nullius todos los bienes capturados a los pueblos que combatían contra Roma; y aun en tiempo de paz, los de los pueblos bárbaros. Sin embargo, a pesar de considerarlas res nullius, nunca se admitió que esos bienes llegasen a ser propiedad del primer ocupante, sino que ingresaban al tesoro público del pueblo romano.

Los tratados internacionales regulan las situaciones resultantes de las acciones de guerra, aérea, terrestre o marítima.

Guerra terrestre.— El art. 53 del Reglamento de La Haya, de 1907, dice "El ejército que ocupa un territorio no podrá apropiarse sino del numerario, fondos y valores exigibles pertenecientes al Estado"... En cuanto a la propiedad privada, el art. 46 del mismo Reglamento establece que "no puede ser confiscada"; y el art. 47 prohibe formalmente los actos de pillaje. Sólo es lícito exigir requisiciones, contribuciones y multas, en los casos y con las formalidades reglamentarias.

Guerra aérea.— Según el Proyecto del Comité de Juristas de La Haya, de 1922, las aeronaves privadas enemigas son confiscables en todos los casos, mientras que las aeronaves privadas neutrales sólo son confiscables si conducen contrabando, violan un bloqueo o prestan asistencia hostil. Si las aeronaves no militares pertenecen al Estado enemigo, pueden confiscarse. Las aeronaves militares del Estado enemigo, la tripulación y los pasajeros pueden ser hechos prisioneros de guerra.

Guerra marítima.— En la guerra marítima prevalece el principio de que la propiedad enemiga no es inviolable; y, por consiguiente, no cabe la distinción, para estos efectos, entre los bienes del Estado beligerante y los bienes privados de los súbditos. Todos pueden ser apropiados por el otro Estado.

El Corso.— Durante la Edad Media estuvo muy extendido el uso de buques corsarios destinados a realizar actos de guerra por cuenta de uno de los Estados beligerantes. Posteriormente se reglamentó esta práctica y se exigió que los corsarios obtuvieran la "patente de corso", o sea, la autorización para poder entrar en acción. Estaban obligados, además, los corsarios, a someter las presas capturadas a un tribunal, para su juzgamiento, antes de apropiarse de ellas; y se comprometían expresamente a respetar a las tripulaciones de los buques capturados.

La institución del corso cayó en desuso; y fue, por fin, abolida definitivamente por la Declaración de París de 16 de abril de 1856, a la cual se adhirieron los Estados Unidos de Norte América en 1907.

1o.) Al encontrarse una cosa al parecer perdida se debe, primeramente, ponerla a disposición del dueño. 2o.) Al apartarse de este procedimiento, se es responsable por la cosa o su valor en dinero. 3o.) La excepción de que la cosa era al parecer perdida, debe ser probada por el que la alega.— G. J. Serie, III, No. 25.

CAPITULO V

DE LA ACCESION

El estudio de la accesión comprende dos órdenes de ideas, claramente diferenciados, pero vinculados enrte sí.

La relación de una cosa accesoria con otra principal da lugar a una accesión, o sea, a la formación de un conjunto en el cual prevalece la cosa principal. Esto puede ocurrir cuando una cosa da nacimiento a otra, es decir, cuando la produce de su propio ser, o también cuando una cosa se junta con otra.

Ahora bien, siempre que hay producción, o cuando las cosas que se juntan, siendo la una principal y la otra accesoria, pertenecen al mismo dueño, la accesión simplemente significa que el derecho de propiedad que recae sobre la cosa principal se extiende sobre la accesoria.

En cambio, si las cosas que se unen son de distintos dueños y la ley no dispone su separación, al absorber la cosa principal a la accesoria, la accesión da lugar a una adquisición nueva para el dueño de la cosa principal.

Como enseña Aubry, cabe distinguir ciertos casos "en que una persona es propietaria a título de accesión, y otros en que una persona se hace propietaria de una cosa por efecto de la accesión. Una cosa son los accesorios a que virtualmente se extiende la propiedad y otra las accesiones con que se aumenta en forma de nueva adquisición".

Por consiguiente, la accesión puede entenderse como mera preeminencia de una cosa principal sobre otra accesoria, se produzca o no nueva adquisición, o como un modo de adquirir el dominio en que como consecuencia de dicha preeminencia, el dueño de la cosa principal adquiere el dominio de la accesoria.

No parece punto del todo esclarecido si en el Derecho romano puro fue conocida la accesión como modo de adquirir. Brugi afirma que bajo el concepto de accesión se agruparon "muchos casos que los intérpretes del Derecho romano ampliaron a más de lo que permitían los textos". Pero evidentemente, son romanos los siguientes principios aplicables a la accesión:

1º) lo accesorio no puede prevalecer sobre lo principal: "plus in accessione non potest esse, quam in principali re".

2º) Lo accesorio sigue a lo principal: "accesorium sequitur principale";
3º) Lo accesorio perece con lo principal: "pereunte re principali, perit accesorium".

Definición.— El art. 678 del Código Civil dice que la accesión es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce, o de lo que se junta a ella.

Esta definición corresponde a un sistema común a varios códigos, en que se establecen dos especies de accesiones: la de frutos, llamada también discreta y la continua. Ambas son consideradas como modos de adquirir el dominio, reuniendo, de esta manera, en una sola institución, dos situaciones que corresponden a los distintos órdenes de ideas antes mencionados.

Excepciones.— El principio, válido para toda accesión, según el cual lo accesorio sigue a lo principal, sufre excepción cuando la ley o el hombre impiden que el dominio que recae sobre lo principal se extienda a lo accesorio.

Esto ocurre:

1º) Cuando la ley establece el régimen de separación (art. 699).
2º) Cuando, en virtud de la sola disposición de la ley o de una convención, los frutos pertenecen al poseedor de buena fe (art. 971), a la sociedad conyugal (art. 157), al arrendatario (art. 1883), al usufructuario (art. 813), al usuario (art. 843), etc.
3º) En los casos en que la unión de las cosas se realiza habiendo conocimiento del hecho por una parte y mala fe por otra (arts. 693, 697, 698).

En estos casos no se aplican las reglas de la accesión.

Accesión de frutos.— La doctrina llama discreta a la accesión de frutos; pero ha impugnado ampliamente su validez jurídica como modo de adquirir el dominio. "¿En qué momento, pregunta Marcadé, adquiero yo por accesión los frutos o productos de la cosa que es mía? No es, sin duda, cuando ellos se separan de la cosa principal para tomar una existencia distinta, porque entonces habría contradicción en los términos. Sería absurdo decir que una cosa viene a ser mía por accesión, cuando ella se separa. Mis derechos sobre los

productos separados de la cosa que los ha producido, no pueden ser sino la continuación del derecho que yo tenía antes de su separación cuando estaban verdaderamente unidos a la cosa que los ha producido". En el mismo sentido, Azcárate, siguiendo a Demolombe, afirma que "la percepción de frutos no debe considerarse una especie de accesión, pues ésta supone la unión de otra cosa a la nuestra, al paso que aquella es la realización del fin natural de la propiedad".

El sistema del Código adolece del defecto de considerar a la accesión solamente en uno de los sentidos que tiene. Para el Código toda accesión es modo de adquirir el dominio; y por eso, cuando dice que el dueño de una cosa **pasa** a serlo de lo que ella produce, incurre en una aberración jurídica, heredada, por cierto, de otros ordenamientos legales.

Pero la accesión se puede entender también, no como modo de adquirir el dominio, sino como mera preeminencia de lo principal sobre lo accesorio. A esto se debe que el mismo Código Civil diga, en el art. 681, que los frutos naturales de una cosa pertenecen al dueño de ella. Es el derecho de dominio sobre lo principal el que se extiende sobre lo accesorio. O como decían los romanos: "fructus pendenti pars fundi videtur", extendiendo el dominio que se tiene en la cosa productora a todos los acrecimientos que a ella están adheridos. Por lo tanto, como afirma Ruggiero, "rige para los frutos el principio general de toda cosa accesoria; de modo que quien es propietario de la cosa madre es propietario de los frutos, y quien está obligado a restituir la cosa madre debe con ella restituir sus frutos cuando no tuviere un título que autorizase su goce".

Sólo la accesión continua que resulta de la unión de dos cosas de distintos dueños es modo de adquirir el dominio; aunque, tanto en la unión de cosas como en la producción de frutos, se aplica el principio general de que lo accesorio sigue a lo principal.

Sin embargo, es importante, en derecho, distinguir la producción de la unión de cosas de distintos dueños, sin exagerar su oposición porque les son aplicables iguales principios y porque, como afirma Planiol, "ambas se refieren íntimamente a la noción de propiedad, cuya extensión permiten determinar".

Productos y frutos.— Las diversas utilidades que pueden proporcionar las cosas se denominan, unas veces frutos, y otras produc-

tos. Los criterios de distinción entre unos y otros no son precisos, ni en las legislaciones, ni en la doctrina.

Para el dueño de la cosa es indiferente la distinción porque la aprovecha en forma total. A él le pertenecen todas las utilidades que pueda obtener.

Los arts. 567 y siguientes del Código Civil, al tratar de las asignaciones y remuneraciones de los tutores y curadores testamentarios, hablan expresamente de frutos. Los arts. 808 y 813, relativos al goce del usufructuario, se refieren también a los frutos de la cosa. El art. 971 habla de frutos en relación con los derechos y obligaciones de los poseedores de buena o mala fe, etc.

A base de las elaboraciones romanas, se idearon sistemas según los cuales el concepto de fruto está vinculado al crecimiento orgánico de las cosas, en sentido natural.

Según este criterio, son frutos los vegetales que la tierra produce, las crías de los animales y, en general, todo lo que proviene de la cosa "ex ipso corpore", ya sea de modo espontáneo o como resultado del cultivo o de la industria humana. Son los llamados frutos naturales.

Este planteamiento no basta, sin embargo, para explicar aquellos casos en que, fuera de todo crecimiento orgánico, los bienes dan efectiva utilidad.

Los mismos romanos entendieron que era menester ampliar el concepto de frutos, haciéndolo extensivo a todas las utilidades obtenidas, no de la cosa misma, sino con ocasión de la cosa, "ex alia causa", como las pensiones o cánones de arrendamiento, los intereses de capitales, etc. Son los llamados frutos civiles.

El diccionario de Escriche contiene la siguiente definición: "Se llama fruto lo que una cosa produce, esto es, todo acrecimiento, multiplicación, aumento, emolumento, rendimiento o producto de alguna cosa, cualquiera que ella sea".

¿En qué se distinguen los frutos de los productos? La doctrina francesa elaboró la distinción tomando en cuenta la periodicidad de los aumentos y la conservación de la cosa. Para Planiol "son frutos todo lo que la cosa produce a intervalos periódicos, sin que por ello se destruya la propia substancia de ella: fructus sunt quae nasci et renasci solent..." Los productos comprenden todo lo que proviene de la cosa sin periodicidad o bien agotando su substancia".

El elemento de periodicidad es abandonado por los autores alemanes, para quienes prevalece el criterio de la explotación económica de la cosa, o sea, del aprovechamiento racional efectuado según su propia destinación económica. Además, para la doctrina alemana la consideración de los frutos es unitaria, de tal modo que, según el decir de Enneccerus, se consideran frutos "todos los rendimientos económicos que se extraen de una cosa conforme a su destino y sin alterar su substancia"; mientras que "lo que se obtiene fuera de los límites del rendimiento, o sea perjudicando antieconómicamente a la cosa principal, o lo que no corresponde al destino económico de la misma, no es fruto". No se distinguen los frutos de los productos.

El Código Civil ecuatoriano no establece con precisión los elementos diferenciales de los frutos y de los productos. Al parecer, el art. 678 considera equivalentes ambos términos porque dice que los productos de las cosas son frutos naturales o civiles. Así lo entendió la Corte de Santiago al manifestar que "el art. 643 (678 de nuestro Código) dice que los productos de las cosas son frutos, sin atender a si las cosas mismas disminuyen o no de valor al dar su producto. En consecuencia, el caliche es fruto minero".

Ejemplos.— Son frutos naturales las plantas que están arraigadas al suelo, y los productos de las plantas mientras no han sido separados de ellas (art. 680). Lo son también las pieles, lana, astas, leche, cría y demás productos de los animales (art. 681).

Los árboles son frutos naturales, pero de naturaleza especial. A esto se debe que estén sometidos a reglas distintas de las que rigen para los demás frutos. Así, mientras el art. 813 dispone que el usufructuario de una cosa inmueble tiene el derecho de percibir todos los frutos naturales, sin ninguna restricción, el art. 815 establece que el goce del usufructuario de una heredad se extiende a los bosques y arbolados, pero con el cargo de conservarlos en su ser, reponiendo los árboles que derribe, y respondiendo de su menoscabo en cuanto no dependa de causas naturales o accidentes fortuitos. La diferencia de régimen aparece también en los arts. 971 y 970. El primero dice que el poseedor de buena fe no está obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la citación con la demanda, en tanto que el segundo hace responsable a tal poseedor de buena fe de la destrucción de un bosque o arbolado y de la venta o aprovechamiento de la madera o leña.

En cuanto a los minerales, la Corte Suprema de Santiago manifiesta: "Los minerales que se extraen de las minas tienen, conforme a la ley, el carácter de frutos naturales, carácter que revisten también prácticamente, ya que, según el art. 784 (816) del Código Civil, el usufructuario de minas no es responsable de la disminución de ellas que se produzca a causa de la explotación".

Frutos civiles.— Se llaman frutos civiles los precios, pensiones o cánones de arrendamiento, y los intereses de capitales exigibles o impuestos a fondo perdido (art. 682).

Sobre las utilidades del dinero, la Corte Suprema de Santiago ha resuelto que "los frutos del dinero son los intereses que produce; pero no el aumento de valor que experimenta el dinero depositado, como consecuencia de las variaciones del cambio internacional".

Calidad jurídica de los frutos.— Según el estado en que se encuentren, los frutos naturales se llaman pendientes, percibidos y consumidos. Los frutos naturales se llaman pendientes mientras adhieren a la cosa que los produce, como las plantas que están arraigadas al suelo, o los productos de las plantas mientras no han sido separados de ellas. Frutos naturales percibidos son los que han sido separados de la cosa productiva, como las maderas cortadas, las frutas y granos cosechados, etc.; y se dicen consumidos cuando se han consumido verdaderamente o se han enajenado. (art. 680).

Los frutos civiles pueden estar sólo en dos situaciones, y ser pendientes y percibidos. Los frutos civiles se llaman pendientes mientras se deben; y percibidos, desde que se cobran. (inc. 2º del art. 682).

Accesión continua.— Bajo el epígrafe de accesión continua pueden estudiarse todos los casos en que, aplicando el principio de que lo accesorio sigue a lo principal, se producen adquisiciones de dominio. En los parágrafos 2º, 3º y 4º del Título V, el Código considera diversas situaciones en que se produce esta especie de accesión; y, de acuerdo con este plan, distinguiremos, dentro de la accesión continua, los siguientes casos:

1º—Accesión de inmueble a inmueble;
2º—Accesión de mueble a mueble; y,
3º—Accesión de mueble a inmueble.

De las accesiones del suelo

Las accesiones de inmueble a inmueble, llamadas también naturales porque no interviene en ellas la industria del hombre, se denominan, en el lenguaje del Código, accesiones del suelo. Los casos que se estudian, de acuerdo con la tradición del Derecho, son el aluvión, la avulsión, la inundación, la mutación del álveo de un río, y la formación de nueva isla.

Aluvión.— El art. 684 lo define del modo siguiente: Se llama aluvión el aumento que recibe la ribera del mar o de un río o lago, por el lento e imperceptible retiro de las aguas.

Se trata, por consiguiente, de un acrecentamiento que se incorpora o accede a los predios ribereños.

Lo que caracteriza al aluvión es el incremento lento e imperceptible, resultante de la acumulación de materias que el agua acarrea y deposita en el decurso del tiempo. El terreno de aluvión así formado no es identificable y nadie podría reclamarlo como suyo. Se incorpora al predio ribereño, al cual pertenece según los principios de la accesión.

Es preciso que la formación del terreno de aluvión sea enteramente natural; y además, definitiva. Por consiguiente, no habría aluvión si el retiro de las aguas fuese el resultado de una obra del hombre, ni lo habría tampoco si las aguas no se hubiesen retirado definitivamente sino que inundasen periódicamente la porción de tierra agregada a la ribera. El suelo que el agua ocupa y desocupa alternativamente, dice el art. 685, en sus creces y bajas periódicas, forma parte de la ribera o del cauce, y no accede, mientras tanto, a las heredades contiguas.

A quién pertenece el terreno de aluvión.— El terreno de aluvión accede a las heredades ribereñas, dentro de sus respectivas líneas de demarcación, prolongadas directamente hasta el agua; pero, en puertos habilitados, pertenecerá al Estado. (art. 685).

Los arts. 685 y 686 contienen reglas para distribuir el terreno de aluvión entre las heredades ribereñas. La primera regla, la del art. 685, consiste en prolongar las líneas de demarcación de los predios ribereños hasta el agua. A cada heredad le corresponde el terreno que queda comprendido dentro de dichas líneas.

La regla del art. 686 puede dar lugar a situaciones más complicadas. Siempre que prolongadas las antedichas líneas de demarcación, dice este artículo, se corten una a otra antes de llegar al agua, el triángulo formado por ellas y por el borde del agua, accederá a las dos heredades laterales. Una línea recta que lo divida en dos partes iguales, tirada desde el punto de intersección hasta el agua, será la línea divisoria entre las dos heredades.

La consecuencia de la aplicación de esta regla es que el predio central deja de ser ribereño porque la parte del aluvión que queda entre este predio y el agua, se adjudica a las dos heredades laterales.

Avulsión.— El art. 687 dispone que sobre la parte del suelo que por una avenida o por otra fuerza natural violenta es transportada de un sitio a otro, conserva el dueño su dominio, para el solo efecto de llevársela; pero si no la reclama dentro del subsiguiente año, la hará suya el dueño del sitio a que fue transportada.

El supuesto de este artículo es la ocurrencia de un fenómeno natural que suele conocerse con el nombre de avulsión; palabra derivada del latín "avulsionis", que significa extirpación.

Algunas legislaciones consideran la avulsión solamente en relación a predios ribereños y a la hipótesis de que el fenómeno se produzca por la acción violenta de las aguas. Según nuestra legislación, en cambio, aunque queda comprendido este caso, la avulsión puede ocurrir en cualquier clase de predios y a consecuencia de toda fuerza natural violenta.

Del texto del art. 687 se deduce que la porción del suelo transportada de un lugar a otro es claramente identificable; pues de no serlo, no podría el dueño reclamarla ni conservar su dominio sobre ella. Es decir, no habría avulsión si el terreno transportado no pudiese ser singularizado. Es una exigencia legal que, en verdad, hace muy raros los casos de avulsión.

Efectos jurídicos de la avulsión.— Los efectos jurídicos de la avulsión están señalados en el mismo art. 687. El dueño de la parte del suelo transportada conserva sobre ella su dominio para el solo efecto de llevársela; es decir, lo único que podrá hacer el dueño es reclamar y llevarse las cosas que, estando en el suelo arrancado, sean transportables. No podría realizar en dicho suelo otros actos de dominio. Y, además, la acción para reclamar y llevarse lo transportable dura solamente un año.

Si el dueño de la parte del suelo transportada no la reclama dentro del subsiguiente año, la hará suya el dueño del sitio a que fue llevada y resultará para éste una adquisición nueva, por accesión.

La disposición del Código parece clara. Sin embargo cabe preguntar: ¿qué es, en realidad, lo que se adquiere por accesión en los casos de avulsión? Supóngase que la porción de suelo arrancada y transportada acarree consigo partes de un edificio, materiales de construcción, muebles de una casa, etc. Si estas cosas no fuesen reclamadas dentro del año a que se refiere el art. 687, ¿serían también adquiridas por el dueño del sitio a que dichas cosas fueron transportadas? La respuesta es negativa, porque los principios que rigen las accesiones del suelo sólo tienen aplicación respecto de inmuebles por naturaleza o por incorporación. Por eso el art. 687 habla sólo de la parte del suelo, y sólo ésta es el objeto de la adquisición por el dueño del sitio a que fue transportada. Los objetos muebles no reclamados toman la condición de cosas al parecer perdidas, a las que se les aplican las reglas de los arts. 664 y siguientes, o de cosas abandonadas según las circunstancias.

Inundación.— El art. 688 dice que si una heredad es inundada, el dueño de ella conserva su propiedad, y recupera la posesión luego que las aguas se retiran.

Los efectos jurídicos de la inundación, de acuerdo con este artículo, no conciernen propiamente a la accesión. No hay cambio en lo que al dominio se refiere, puesto que el dueño de la heredad inundada conserva su propiedad; ni hay nueva adquisición. La disposición del Código es el sistema de equidad de los romanos, para quienes "una sencilla inundación no arrastra ninguna mutación de propiedad".

Diverso es el sistema del Código chileno, cuyo art. 648 dispone que si una heredad ha sido inundada, el terreno restituído por las aguas dentro de los cinco años subsiguientes, volverá a sus antiguos dueños. O sea que, como dice Vodanovic, "si pasan más de cinco años sin que el terreno sea restituído por las aguas, el propietario pierde definitivamente su dominio, y si queda en descubierto después de este lapso, se le aplican las reglas de la accesión". Análogo sistema se encuentra en el Código colombiano.

En nuestro derecho, la inundación tiene importancia más bien en relación con la posesión, la cual queda interrumpida por hacerse imposible el ejercicio de actos posesorios en el terreno inundado. El

art. 688 concuerda con el 840 según el cual, si una heredad dada en usufructo se inunda, y las aguas se retiran después, revivirá el usufructo por el tiempo que falte para su terminación. Concuerda también con el 2.426, en el que se lee que la interrupción de la posesión es natural cuando sin haber pasado la posesión a otras manos, se ha hecho imposible el ejercicio de actos posesorios, como cuando una heredad ha sido permanentemente inundada.

Mutación del álveo de un río.— Los predios ribereños son frecuentemente afectados por las crecientes de los ríos y por las variaciones de sus cauces. Al decir de Leonhard, "los ríos dan y quitan la propiedad, como lo hace el Grenzrichter (juez de límites) con su sentencia".

A esto se debe que todas las legislaciones establecen medidas compensatorias para los predios ribereños, que están constantemente expuestos al embate de las aguas. También nuestro Código les otorga privilegios en cuanto al uso de las aguas que corren naturalmente por los predios (arts. 890 y siguientes). Y les otorga también la propiedad de los terrenos de aluvión y del cauce abandonado.

Cuando se produce la variación del curso de un río no se opera, de plano, la accesión. Los propietarios ribereños pueden hacer las obras necesarias para restituir las aguas a su acostumbrado cauce. Sólo cuando el cambio de cauce es definitivo, la parte de éste que permanentemente quedare en seco accederá a las heredades contiguas, como el terreno de aluvión.

En los arts. 689 y 690 caben dos hipótesis: a) todo el río, que corre por entre dos heredades, toma un nuevo cauce invadiendo solamente la heredad de uno de los lados; y b) el río, al variar de curso, se divide en dos brazos que no vuelven después a juntarse, invadiendo los predios de las dos riberas. En ambos casos el cauce abandonado accederá a las heredades contiguas, como el terreno de aluvión. Concurriendo los ribereños de un lado con los del otro, una línea longitudinal dividirá el nuevo terreno en dos partes iguales; y cada una de éstas accederá a las heredades contiguas, como si se tratase de terreno de aluvión.

La mutación del álveo de un río no trae como consecuencia el desplazamiento de los linderos que separan los predios, sino tan sólo la adquisición por éstos del cauce abandonado. En la primera hipó-

tesis ocurrirá, por consiguiente, que el predio del cual se aleja el río deja de ser ribereño.

Nueva isla.— A nuestro entender, el inc. 1º del art. 691 deroga todas las reglas contenidas en el mismo artículo, con excepción de la segunda, que es aplicable a un caso especial de variación del curso de un río.

Si las reglas del art. 691 están dedicadas a los casos de formación de nuevas islas que no hayan de pertenecer al Estado, dichas reglas no pueden tener, en absoluto, ninguna aplicación porque, según las disposiciones del mismo Código, todas las nuevas islas serán del Estado.

En efecto, el art. 632 dispone que pertenecerán al Estado las nuevas islas que se formen en el mar territorial y en los ríos y lagos de dominio público. Y, según el art. 631, los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, así como los lagos naturales, son bienes nacionales de uso público.

Otros casos de accesiones de inmuebles.— La vigente Ley de Caminos establece algunos casos de accesiones de inmuebles.

El art. 49 de la citada Ley dice: Cuando por la construcción, rectificación o ensanchamiento de un camino, quedare una superficie de terreno rústico limitada de un lado por la vía y del opuesto con un predio de distinto dueño, superficie cuya longitud promedial entre tales límites no excediere de cincuenta metros, la misma accederá al predio a que se une; pero el dueño de éste deberá indemnizar al otro, ciñéndose al avalúo del terreno y sus pertenencias, hecho por un perito nombrado por el Director Provincial de Obras Públicas, o la entidad encargada del camino.

El art. 50 de la misma Ley dice: Los terrenos de los caminos abandonados accederán al predio por el que atraviesan. Si el camino es el lindero entre dos predios, la mitad accederá al uno y la mitad al otro, salvo que los dueños de los predios acordaren otra forma de división.

De la accesión de una cosa mueble a otra

Las accesiones de muebles son la adjunción, la especificación y la mezcla.

El Derecho romano las reglamentó prolijamente, y lo mismo hicieron las Leyes de Las Partidas.

En el derecho moderno disminuye su importancia hasta tal punto que, al decir de Planiol, la accesión en provecho de un mueble "pierde su interés para el derecho francés actual, como consecuencia de la máxima "en cuanto a los bienes muebles, la posesión vale como título", que casi siempre se opone a la reinvindicación de muebles... de tal suerte que la cuestión de la propiedad queda excluída por efecto de la posesión, independientemente de las reglas tocantes a la accesión".

Sin embargo, el Derecho francés trata de la accesión de muebles con alguna extensión y lo mismo hace el Derecho español.

Adjunción.— Según el art. 692, la adjunción es una especie de accesión, y se verifica cuando dos cosas muebles, pertenecientes a diferentes dueños, se juntan una con otra, pero de modo que puedan separarse y subsistir cada una después de separada; como cuando el diamante de una persona se engasta en el oro de otra, o en un marco ajeno se pone un espejo propio.

Adjunción, del latín "adjunctionis", significa unión o enlace. Considerada como una especie de accesión, requiere de varios elementos y requisitos que se desprenden de las disposiciones del Código, a saber:

1º— **Cosas de diferentes dueños**: Para que exista adjunción, las cosas muebles deben pertenecer a diferentes dueños, puesto que de la unión se sigue nueva adquisición de dominio para uno de ellos. Si las cosas perteneciesen al mismo dueño, no habría accesión en el sentido de modo de adquirir el dominio.

2º— **Las cosas conservan su propia individualidad:** Lo que caracteriza principalmente a la adjunción es que las cosas, en el compuesto que resulta de la unión, conservan su propia individualidad, de tal manera que son claramente identificables.

La circunstancia de ser identificables las cosas que se juntan está expresada en el art. 692 en forma poco apropiada, pues dice que las cosas se juntan, pero de modo que puedan separarse y subsistir cada una después de separada. Es decir, tan manifiesta es la individualidad de cada cosa en el compuesto, que desde el punto de

vista meramente material o físico no habría dificultad en separarlas. Pero jurídicamente no cabe la separación porque los efectos propios de la accesión lo impiden. Los ejemplos del art. 692 ilustran suficientemente este punto.

3º— **Falta de conocimiento por la una parte y de mala fe por la otra.**— Según el art. 693, los efectos de la adjunción se producen no habiendo conocimiento del hecho por una parte ni mala fe por otra.

¿Sobre qué versa la falta de conocimiento y de mala fe? Evidentemente sobre el hecho de la unión y sobre la propiedad ajena de una de las cosas. Sin estos requisitos, unidas las cosas, no se producen los efectos de la accesión, sino los propios del acuerdo de voluntades de los dueños de las cosas unidas o los efectos de los actos delictuosos, según los casos y circunstancias.

Efecto de la adjunción.— Dados los requisitos señalados, el dominio de lo accesorio accederá al dominio de lo principal, con el gravamen de pagar su valor al dueño de la parte accesoria; esto último, para impedir que se produzca un enriquecimiento injusto.

Determinación de la cosa principal y de la accesoria.— Es punto de fundamental importancia, en materia de adjunción, el determinar cuál de las dos cosas que se juntan es la principal y cuál la accesoria.

Los arts. 694, 695 y 696 contienen las reglas que se han de aplicar siempre que se trate de asignar a las cosas las calidades de principal y de accesoria. Estas reglas deben observarse en su orden; o sea, en primer lugar la del art. 694; no sirviendo ésta para el caso, la del art. 695 y por fin la del 696, cuando no fuere aplicable la anterior.

La primera regla consiste en que si de las dos cosas unidas la una es de mucho más estimación que la otra, la primera se mirará como lo principal y la segunda como lo accesorio.— Se mirará como de mayor estimación la cosa que tuviere para su dueño un gran valor de afección.

La segunda regla expresa que si no hubiere tanta diferencia en la estimación, aquella de las dos cosas que sirva para el uso, ornato o complemento de la otra, se tendrá por accesoria.

La tercera regla ordena que, en los casos a los que no se pudiere aplicar ninguna de las reglas precedentes, se mirará como principal lo de mayor volumen.

Cabe la hipótesis de que ninguna de las tres reglas sirva para atribuir a las cosas unidas las calidades de principal o de accesoria. En este supuesto, no habría accesión por faltar el elemento sustancial que consiste en que las cosas unidas han de ser, la una principal y la otra accesoria.

La unión de dos cosas que no tienen las calidades de principal y de accesoria, produce efectos extraños a la accesión. Podría resultar condominio del compuesto; o, de convenir a sus dueños, podría ordenarse la separación de las cosas.

Especificación.— La especificación se realiza cuando, de la materia perteneciente a una persona, hace otra persona una obra o artefacto cualquiera. (art. 697). Es una especie de accesión.

El término especificación no es romano; pero pertenece a este Derecho la extensa consideración de los casos en que "cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo".

Fue ésta una de las tantas cuestiones que enfrentaron a sabibianos y proculeyanos en profundas controversias y disímiles soluciones. Los sabinianos atribuían el dominio de la nueva especie al dueño de la materia; en tanto que los proculeyanos resolvían la situación e favor del especificador o transformador. Justiniano prefirió una tercera posición, no intermedia, sino distinta de las anteriores: si la nueva especie puede recobrar su forma primitiva, pertenece al dueño de la materia; en caso contrario, le corresponde al especificador.

Las legislaciones modernas no han podido sustraerse a la necesidad jurídica de analizar el fenómeno resultante de la especificación, y han resuelto distintamente el problema que consiste en determinar a quién pertenecerá la "nova species".

Naturaleza jurídica.— ¿Es la especificación un caso de accesión? Los juristas romanos estudiaron la naturaleza de la especificación, y no pocos de ellos entendieron que, en muchos casos, se produce una adquisición de dominio independientemente de la accesión.

La doctrina moderna advierte que en la especificación falta uno de los elementos esenciales de la accesión que consiste en la unión o incorporación de dos cosas de distintos dueños; pues en la especificación lo único que se encuentra es la transformación de una materia primitiva en especie nueva, mediante el trabajo humano; y al

decir de Barassi, "el trabajo del hombre no es cosa, no tiene una existencia autónoma, está íntimamente ligado al hombre" y no es objeto de apropiación por otro.

Para algunos autores, Salvat entre ellos, "la especificación participa de la naturaleza de la apropiación u ocupación, en el sentido de que desaparecida la especie antigua, la cosa nueva aparece como una res nullius, de la cual se apropiaría el especificador por el hecho mismo de haber sido el creador de ella".

El Código Civil francés legisla sobre la especificación considerándola como un caso de accesión, al modo de la doctrina romanista. Lo mismo hacen otros códigos que se inspiran en estas ideas y normas.

Sistema del Código ecuatoriano.— La especificación está considerada en el Código como un caso de accesión. Otra especie de accesión, dice el art. 697, es la especificación, que se verifica cuando, de la materia perteneciente a una persona, hace otra persona una obra o artefacto cualquiera; como si de uvas ajenas se hace vino, o de plata ajena una copa, o de madera ajena una nave.

Los elementos constitutivos de la especificación, de acuerdo con el art. 697, son los siguientes: a) materia perteneciente a una persona; b) trabajo realizado por otra persona; c) obra o artefacto resultante; y e) falta de conocimiento del hecho, por una de las partes y de mala fe por la otra.

¿Cuándo existe obra o artefacto nuevos?.— Según Perozzi, "no hay especificación si no hay un fin de producción en el que opera. No la hay en un trabajo destinado, no ya a destruir una cosa para obtener de ella un producto, sino para gozar de una cosa destruyéndola, aunque así se obtenga de ella un producto, (no especifica el que quema leña para calentarse, aunque obtenga carbón; especificando en cambio el que la quema al efecto de obtener dicho carbón. Tampoco especifica el que tiñe un vestido o cuece un pollo, pues no hay producción). Si hay o no producción es una questio facti; mas lo cierto es que sin producción no se especifica, llevando ordinariamente la nueva cosa una denominación asimismo nueva".

Pertenencia de la nueva obra.— La cuestión de la pertenencia de la nueva obra o artefacto tiene, en el Código, una triple solución que consiste en una regla y dos excepciones:

La regla: el dueño de la materia tendrá derecho a reclamar la nueva especie, pagando la hechura.

Las excepciones: a) a menos que en la obra o artefacto el precio de la nueva especie valga mucho más que el de la materia, como cuando se pinta en lienzo ajeno, o de mármol ajeno se hace una estatua; pues en este caso, la nueva especie pertenecerá al especificante, y el dueño de la materia tendrá solamente derecho a la indemnización de perjuicios; y b) si la materia del artefacto es, en parte, ajena, y en parte propia del que la hizo o mandó hacer, y las dos partes no pueden separarse sin inconveniente, la especie pertenecerá en común a los dos propietarios; al uno a prorrata del valor de su materia, y al otro a prorrata del valor de la suya y de la hechura.

Mezcla.— La mezcla, que se llama también confusión o conmixtión, consiste en la unión de dos cosas, sólidas o líquidas, que dejan de ser diferenciables, y pierden su individualidad.

Si se forma una cosa por mezcla, dice el art. 698, de materias áridas o líquidas pertenecientes a diferentes dueños, no habiendo conocimiento del hecho por una parte, ni mala fe por otra el dominio de la cosa pertenecerá a dichos dueños pro indiviso, a prorrata del valor de la materia que a cada uno pertenezca.

Supone la ley que la confusión de las materias se ha producido sin el acuerdo de las voluntades de los dueños; pues de existir acuerdo, los efectos de la mezcla dependerían de las estipulaciones de las partes o de las reglas generales de los contratos.

Es también necesaria la buena fe en quien hizo la mezcla. Caso de existir mala fe, los efectos de la mezcla se acomodarían a la responsabilidad civil y penal resultante.

Efectos de la mezcla.— Debido a que, en general, resulta difícil establecer cuál de las cosas sea la principal y cuál la accesoria, el art. 698 dispone que, producida la mezcla, el dominio de la cosa pertenecerá a los dueños de las materias, a prorrata del valor de la que a cada uno pertenezca.

Pero según el inc. 2º del mismo art. 698, cuando el valor de la materia perteneciente a uno de ellos fuere considerablemente superior, el dueño de ella tendrá derecho para reclamar la cosa producida por la mezcla, pagando el precio de la materia restante.

Es decir, sólo en el caso del inc. 2º del art. 698 hay accesión debido a que, aplicando el criterio de los valores de las materias, es posible dar a las cosas mezcladas las calidades de principal y de accesoria.

Disposiciones aplicables a las accesiones de una cosa mueble a otra.

Primera.— Separación y entrega de la cosa.— El art. 699 dispone que en todos los casos en que al dueño de una de las dos materias unidas no sea fácil reemplazarla por otra de la misma calidad, valor y aptitud, y pueda la primera separarse sin deterioro de lo demás, el dueño de ella, sin cuyo conocimiento se haya hecho la unión, podrá pedir la separación y entrega, a costa del que hizo uso de ella.

Esta disposición es aplicable a la adjunción, única especie de accesión de muebles en que las cosas están unidas de tal modo que pueden separarse y subsistir cada una después de separadas.

El derecho que establece este artículo, de reinvindicar la cosa, sólo puede ser ejercido por aquel sin cuyo conocimiento se haya hecho la unión.

Reinvindicada la cosa queda impedido el efecto de la accesión, puesto que la cosa se separa, deshaciendo el compuesto, para entregarla al dueño que la reinvindica.

Segunda.— Restitución de una materia equivalente.— El art. 700 dispone que, en todos los casos en que el dueño de una materia de que se ha hecho uso sin su conocimiento, tenga derecho a la propiedad de la cosa en que ha sido empleada lo tendrá igualmente para pedir que, en lugar de dicha materia, se le restituya otro tanto de la misma naturaleza, calidad y aptitud, o su valor en dinero.

La regla es aplicable a las tres especies de accesiones de muebles.

Esta disposición es una alternativa concedida al dueño de la cosa principal quien, en lugar de reclamar la cosa en que fue empleada su materia, con arreglo a las normas generales, reclama, a tenor de lo dispuesto en el art. 700, otro tanto de la misma naturaleza, calidad y aptitud que su materia, o su valor en dinero.

Hay que advertir que si recibiese el valor de la cosa, en dinero, se habría operado una compraventa.

Tercera.— Presunción de consentimiento.— El art. 701 establece que el que haya tenido conocimiento del uso que de una materia suya se hacía por otra persona, se presumirá haberlo consentido, y sólo tendrá derecho a su valor.

Esta norma es de aplicación común a todas las accesiones de muebles.

Supuesto el consentimiento no hay accesión, según las reglas generales. Y, por lo tanto, aplicando este principio el art. 701 dispone que quien haya conocido la unión y consentido en ella, sólo tendrá derecho al valor de su materia. Es decir, no podrá apropiarse de la obra o compuesto porque no se ha producido accesión, ni podrá pedir la separación o restitución de su materia.

Como el consentimiento impide la accesión, aplicando la norma del art. 701, se produciría, en la realidad, una compraventa de la materia de aquél que tuvo conocimiento de la unión, y cuyo consentimiento se presume.

Cuarta.— Efectos del error y de la mala fe.— El art. 702 contiene una norma aplicable a la especificación.

Se distinguen dos sanciones: a) la una, para quien haya hecho uso de una materia ajena, sin conocimiento del dueño y sin justa causa de error, que consiste en la pérdida de lo suyo y en el pago de los perjuicios; no es aplicable esta sanción si el valor de la obra excede notablemente al de la materia; y b) otra sanción para quien hubiese hecho uso de una materia ajena, sin conocimiento del dueño y a sabiendas de que era ajena, consiste en la pérdida de lo suyo, el pago de perjuicios y la sanción penal a que haya lugar; y esto aun en el caso de que el valor de la obra excediere notablemente al de la materia.

En el primer supuesto hay error injustificado; en el segundo, mala fe.

Accesión de cosas muebles a inmuebles

Esta clase de accesión se realiza en tres casos: 1º) edificación; 2º) plantación; y 3º) siembra. Los tres se rigen por las reglas comunes de los arts. 703 y 704.

La accesión de mueble a inmueble se asienta en el principio fundamental de que en todos los casos lo principal es la cosa inmueble y lo accesorio, la mueble. No se toma en cuenta el valor de las

cosas, ni se considera otra circunstancia que la calidad mueble o inmueble de las cosas unidas.

El principio romano "superficies solo cedit" orienta, en esta materia, nuestra legislación, resultando la preeminencia de lo inmueble sobre lo mueble. Más adelante se verán las aplicaciones de este principio básico.

Otro principio común a la edificación, plantación o siembra consiste en que, para que se produzca adquisición por accesión, es preciso que los materiales adhieran al suelo. Mientras los materiales no estén incorporados en la construcción, o los vegetales arraigados en el suelo, podrá reclamarlos el dueño.

Casos.— La edificación, la plantación y la siembra, en relación con la accesión, se pueden realizar de diversos modos:

1º— Se edifica, planta o siembra con materiales ajenos en suelo propio.— Este caso está resuelto en el art. 703, según el cual si se edifica, planta o siembra, con materiales ajenos en suelo propio, el dueño del suelo se hará dueño de los materiales; pero estará obligado a pagar su justo precio, u otro tanto de la misma naturaleza, calidad y aptitud.

Podría ocurrir que el dueño del suelo hubiera empleado los materiales ajenos creyendo que le pertenecían, pero sin justa causa de error; o que los hubiese empleado a sabiendas de que eran ajenos.

En ambos casos se produciría accesión, es decir adquisición de los materiales. Pero si no hubo justa causa de error, el dueño del suelo, además de pagar el valor de los materiales, quedaría obligado al resarcimiento de perjuicios; y si procedió a sabiendas, quedaría obligado, además, a responder según la acción penal a que hubiese lugar.

Sin embargo, aunque el dueño del suelo hubiese procedido a sabiendas de que los materiales no le pertenecían, o sin justa causa de error, estaría obligado solamente al pago del valor de los materiales si el dueño de éstos hubiese tenido conocimiento del uso que se hacía de ellos.

2º— Se edifica, planta o siembra con materiales propios en suelo ajeno.— Este caso se produce cuando el dueño de los materiales edifica, planta o siembra en un terreno del cual es sólo poseedor o mero tenedor.

Para resolver esta situación hay que considerar previamente si el dueño del suelo ignoró lo que hacía el dueño de los materiales; o si por el contrario, tuvo conocimiento de ello.

a) A la primera hipótesis se refiere el inc. 1º del art. 704, según el cual, el dueño del terreno en que otra persona, sin su conocimiento ha edificado, plantado o sembrado, tendrá el derecho de hacer suyo el edificio, plantación o sementera, mediante las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o mala fe en el título de la reinvindicación, o de obligar al que edificó o plantó a pagarle el justo precio del terreno, con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder, y al que sembró a pagarle la renta y a indemnizarle los perjuicios.

Según se observa en la hipótesis considerada, el dueño del terreno tiene a su favor dos soluciones alternativas; y de su elección dependen los efectos jurídicos de la edificación, plantación o siembra.

La disposición del inc. 1º del art. 704, similar a la de otras legislaciones, ha suscitado arduos problemas jurídicos, de muy difícil solución. El más grave consiste en averiguar cuándo se produce la accesión de los materiales al terreno; o sea, en qué momento el dueño del suelo pasa a serlo de los materiales a él incorporados. Recuérdese que el dueño del suelo dispone de una alternativa y que, en definitiva, el que se produzca o no la accesión depende de su elección.

A juicio de Luis Riera Aísa, la orientación más general se inclina en el sentido de que el dueño del terreno no será dueño de la obra mientras no utilice el derecho de opción que se le concede.

En sentencia de 1º de diciembre de 1928, la Corte de Santiago afirma que "el hecho de edificar en terreno ajeno constituye, conforme al art. 669 (704 del Código ecuatoriano) del Código Civil, una accesión de mueble a inmueble. El dueño de este último puede adquirir los edificios por los medios que esa disposición indica, esto es, pagando su valor. De aquí se deduce que es legalmente posible el derecho de propiedad sobre los edificios independiente del dominio que tiene el dueño del suelo donde aquellos se levantaron".

La misma Corte de Santiago ha dicho que "los edificios no se consideran inmuebles por su naturaleza sino porque se adhieren permanentemente al suelo y mientras pertenezcan al dueño del terreno, pero dejan de tener este carácter y pasan a ser bienes muebles si pertenecen a otra persona que el dueño del suelo. En este caso, no

puede constituírse hipoteca sobre ellos, y si se constituye, carece de valor y es nula absolutamente".

El Tribunal Supremo de España, en resolución del 23 de marzo de 1943, hace las consideraciones que siguen: "...recordando el proceso constructivo del derecho de superficie en la legislación romana, y el modo sagaz como se acudió a su protección, mediante el ejercicio de acciones interdictales o útiles, cuando precisaba conjugarlo con la concepción originaria del derecho de accesión y pretendía amortiguarse su primitivo rigor; y teniendo presente, además, que la doctrina más general y autorizada, perfectamente acumulada al espíritu de nuestro ordenamiento legal, se niega a reconocer, justificadamente, la coexistencia de dos derechos susceptibles de ejercitarse separadamente por el dueño del suelo y lo edificado y aun rehuye la hipótesis de un condominio; y por el deseo de cohonestar los intereses eventualmente contrapuestos, mantiene el rigor del principio de accesión, pero mitiga sus consecuencias económicas, sin atribuir entretanto al dueño del suelo la plenitud de facultades sobre lo edificado y aun permitiéndole imponer al constructor la adquisición del fundo que es sustentáculo del edificio construído, sin el cual éste tampoco puede concebirse..." "mientras subsiste la opción que al dueño del terreno se concede, que puede fácilmente provocarse por el ejercicio de acciones adecuadas, ni el dueño del suelo, ni el de lo edificado sobre él gozan de la situación de plenitud jurídica que implica la titularidad de la acción reinvindicatoria..."

En sentido contrario está el planteamiento de Sanz Fernández para quien la adquisición de los materiales se realiza "en el momento mismo en que se practica su incorporación al suelo, es decir, antes del ejercicio del derecho de opción". De otro modo "en tanto en cuanto no se ejercitase el derecho de opción, existiría una propiedad sobre el edificio a favor de un titular distinto del dueño del terreno".

b) La otra hipótesis consiste en que el dueño del terreno hubiese tenido conocimiento de lo que hacía el dueño de los materiales. A este caso es aplicable el inc. 2º del art. 704 según el cual, si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, quedará éste obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera.

En estricto sentido en estas hipótesis no hay accesión, sino tradición porque la adquisición viene a ser el resultado de la voluntad de las partes.

El pago previsto en el inc. 2º del Art. 704 tiene un sentido diverso del pago ordenado en el art. 693. En éste el pago es consecuencia de la adquisición; en tanto que en aquél, el pago es requisito o antecedente de la adquisición.

En todo caso el Código mantiene el criterio de que las adquisiciones resultantes de la edificación, plantación o siembra, en cualquier supuesto en que se realicen, producen las consecuencias propias de la accesión y no de la tradición. A esto se debe que, no obstante que el art. 157, num. 5º dice que el haber de la sociedad conyugal se compone de todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso, el art. 159, num. 3º dispone que no entrarán a componer el haber social los aumentos materiales que acrecen a cualquiera especie de uno de los cónyuges, formando un mismo cuerpo con ella, por aluvión, edificación, plantación o cualquiera otra causa.

3º— **Edificación, plantación o siembra efectuadas por quien no sea dueño del suelo ni de los materiales.**— Esta hipótesis no está expresamente resuelta en el Código. Pero, a juicio de Planiol, se la puede resolver aplicando conjuntamente las disposiciones referentes a los dos primeros casos, tanto para lo que concierne a las relaciones del propietario del suelo con el propietario de los materiales, como a las relaciones del propietario del suelo con el constructor.

Es decir, las relaciones del propietario del suelo con el de los materiales se resolverían como si se tratase de un caso de edificación en suelo propio con materiales ajenos; y las relaciones del propietario del suelo con el constructor se resolverían como si se tratase de un caso de edificación, con materiales propios, en suelo ajeno.

"Los frutos de los bienes de una sucesión, sea testamentaria, sea, a falta de testamento, legal, corresponden al asignatario desde la fecha de la delación de la herencia, atentas las disposiciones de los arts. 637, (683), 677, (723), 947 (1020) y 1328 (1381) del Código Civil.— G. J. Serie II, No. 135.

"Son dos situaciones jurídicas completamente diversas, la del nuevo terreno de aluvión que es el aumento que recibe la ribera de un río por el lento e imperceptible retiro de las aguas —artículo 813 (684) del Código Civil— y la variación del cauce del río, en cuyo caso no hay accesión ni pérdida de la propiedad y posesión, que pueden recuperarlas los dueños de los terrenos ha-

ciendo las obras necesarias para restituír las aguas del nuevo cauce al antiguo, con permiso de la autoridad competente, de conformidad con lo que dispone el art. 643 (689) del mismo Código Civil"— G. J., Serie VI, No. 13.

"Debiendo aplicarse las mismas reglas de accesión, tanto a las tierras de aluvión como a las del cauce que ha dejado en seco, para ambos casos éstas se agregan necesariamente a las heredades ribereñas, dentro de las respectivas líneas de demarcación, al tenor del art. 639 (685) del Código Civil, quedando beneficiadas las propiedades contiguas a las orillas".— G. J., Serie VI, No. 13.

"Para los terrenos que se forman y adquieren por aluvión, no hay sino un lecho del río, cuyo lento e insensible retiro va invadiendo y desocupando alternativa y periódicamente en sus creces las tierras confinantes con la ribera, las mismas que se incrementan con sedimentos y materiales arrastrados por las avenidas; sin que ocurra lo mismo con la repentina mutación del álveo, la que produce, no sólo el cercenamiento, sino la ruptura de las playas de la ribera opuesta, en la que se forma el nuevo cauce, habiendo, para este caso del primitivo lecho abandonado, prescrito el art. 643 (689) que: la parte de éste que permanentemente quedare en seco, accederá a las heredades contiguas, como el terreno de aluvión, en el caso del art. 639 (685)".— G. J., Serie VI, No. 13.

"Pedir que sea retirada una pared que está ya sustentando un edificio concluído, porque la pared ocupa suelo ajeno, es pedir la demolición del edificio, contra expresa disposición legal. En efecto, por el art. 658 (704) del Código Civil, el dueño del suelo, que otro ha ocupado sin derecho, está facultado, únicamente, para elegir, o el hacerse dueño del edificio, mediante ciertas indemnizaciones, o exigir el justo precio de su terreno, mas nunca el deshacer el edificio".— G. J., Serie III, No. 112.

Juicio Leonor Merino Dávalos contra Andrés Torres.— TERCERA SALA. Quito, 9 de Diciembre de 1959.

VISTOS: Leonor Merino Dávalos expone que... ofreció vender un solar de terreno a Andrés Torres... y que, habiéndole abonado el precio estipulado, le entregó el solar,... y que, como no es conveniente perfeccionar el contrato de contraventa, demanda en juicio ordinario a Andrés Torres, para que se declare el derecho de dominio de la exponente en el solar en referencia y se ordene que el demandado se lo entregue... El demandado contestó, oponiendo las excepciones siguientes: a) el terreno materia de la acción es de su exclusiva propiedad, cuyo valor es de dos mil sucres; pero la casa que ha construído, con materiales propios y conocimiento de la actora, vale diez y seis mil sucres... Para resolver se considera... 3o. La actora declara en su demanda que ofreció vender el solar en referencia por el precio de dos mil sucres, suma que le abonó el demandado, por cuyo motivo le entregó el terreno. Esta declaración justifica que el demandado es poseedor de buena fe y que construyó la casa con conocimiento de la actora, quien fue la que no

cumplió su oferta, como consta, además, de las pruebas rendidas en el proceso; por lo cual el demandado tiene derecho a que la demandante le pague el valor de la construcción, de conformidad con lo que disponen el inciso 2o. del art. 702 (704) y el inciso 1o. del art. 971 (973) del Código Civil. Por estos fundamentos... se reforma la sentencia de segunda instancia y se confirma la pronunciada por el Juez Segundo Provincial del Chimborazo... aceptándose la demanda, se declara que el solar de terreno descrito en la demanda, es de exclusiva propiedad de Leonor Merino Dávalos, debiendo el demandado proceder a su entrega dentro de ocho días de ejecutoriada esta sentencia. A su vez, la actora se halla obligada, dentro del mismo plazo, a pagar el valor de las mejoras ...y lo que recibió en concepto de precio del solar de terreno que ofreció vender al demandado. En cuanto a frutos percibidos desde la citación de la demanda, se encuentran compensados con los intereses del dinero que la actora recibió y que debe abonar...".— G. J., Serie IX, No. 6.

JURISPRUDENCIA CIVIL COLOMBIANA

ACCESION

(Natural e industrial, discreta y continua.— Acción de recobro)

La accesión, que es "un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce o de lo que se junta a ella" (Art. 713 C.C.)., tradicionalmente se ha dividido en dos clases, llamadas natural e industrial, según que sea obra de la naturaleza o que se deba a un hecho humano; al paso que ésta resulta de la voluntad del hombre, aquella se produce sin esa intervención.

El Código Civil Colombiano, después de consagrar en el capítulo 1o. del título 5o. de su libro 2o. la denominada accesión discreta, o por producción de frutos, en los tres últimos capítulos de ese mismo título reglamenta, bajo los epígrafes "accesiones del suelo", "accesión de una cosa mueble a otra" y "accesión de las cosas muebles a inmuebles", la que la doctrina ha llamado continua, o sea la que resulta de la agregación de dos o más cosas de diferentes dueños que, luego de unidas, constituyen un todo indivisible.

La accesión de mueble a inmueble se realiza por edificación, plantación o siembra ejecutadas en suelo propio o ajeno, cuando los materiales, plantas o semillas pertenecen a persona distinta del dueño del terreno en que se incorporan. Producida la agregación, se consuma en favor de este fenómeno adquisitivo como efecto del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, y ya que siempre se ha considerado principal el inmueble, porque de dos cosas que componen un todo se da tal categoría a aquella que puede subsistir en su ser separadamente, y como accesoria la que sin ella no podría seguir existiendo en la misma forma.

Mas, como es principio universalmente aceptado el de que nadie puede enriquecerse sin justa causa, se han establecido por el derecho positivo reglas que tienden a asegurarle al propietario de los materiales, plantas o semillas, una equitativa indemnización.

Así, para determinar la reparación debida en estos casos, el Código Civil Colombiano, atendiendo a la persona que haya hecho la edificción, plantación o siembra, contempla dos situaciones diferentes, a saber: a) cuando el dueño del terreno incorpora en él materias, plantas o semillas ajenas (Art. 738); y b) cuando el dueño de éstos edifica, planta o siembra en suelo ajeno (Art. 739). De estas dos regulaciones solo importa considerar, para decidir la controversia sub judice, la segunda y por tanto a ella contrae la Sala su estudio.

En punto de edificación, plantación o siembra en suelo ajeno, el art. 739 del C.C. prevé dos situaciones diferentes, según que el dueño del terreno no haya tenido conocimiento de dicha ejecución en su predio por otra persona; o que, contrariamente, éste haya edificado, plantado o sembrado "a ciencia y paciencia" de aquél. Y de estos dos supuestos de hecho deduce consecuencias jurídicas también distintas, a saber:

a) para la primera hipótesis consagra a favor del propietario del inmueble un derecho alternativo: si no quiere adquirir el edificio, plantación o sementera, sea porque no es de su agrado, sea porque no quiere o no puede hacer la erogación que ésta representa, está facultado para obligar al que edificó o plantó o "pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder", o al que sembró a pagarle "la renta y a indemnizarle los perjuicios"; y si, en cambio, opta por "hacer suyo el edificio, plantación o sementera", debe cubrir "las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o mala fe en el título de la reinvindicación", y

b) para el segundo evento, es decir cuando "a ciencia y paciencia" del dueño del terreno otra persona incorpora en él sus materiales, plantas o semillas, la norma referida consagra a favor de aquel derecho a recobrar el predio, pero pagando anteladamente "el valor del edificio, plantación o sementera".

Tratándose del primero de estos dos supuestos, la persona que edifica, planta o siembra en suelo ajeno, aunque puede ser simple tenedor, ordinariamente lo hace como poseedor, porque para el caso generalmente es necesario que detente el terreno y ejecute la obra sin el conocimiento de su dueño. Aceptable es, entonces, que para fijar las obligaciones recíprocas en materia de frutos y mejoras se acuda a las disposiciones que reglamentan las prestaciones mutuas en la acción de dominio, preceptos estos que para tal efecto toman en cuenta la buena o mala fe del poseedor vencido.

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA U.C
BIBLIOTECA

No acontece lo propio en la segunda de las situaciones indicadas, en la cual quien ha edificado, plantado o sembrado detenta el terreno ajeno con conocimiento de su dueño, vale decir, sin **animo domini.** De consiguiente, al contrario de lo que sucede en la primera, en esta segunda hipótesis no hay necesidad de averiguar cómo ha sido la fe del autor de los trabajos, si buena o mala, porque el solo hecho de realizarse la obra con conocimiento y sin protesta del dueño del terreno basta para considerar que ha aceptado su ejecución, expresa o tácitamente, y por lo mismo deba pagar la única indemnización indicada por la ley para el caso, cual es el valor del edificio, plantación o sementera.

Acogiendo el concepto que en el punto exponen los comentaristas franceses, ha dicho la Corte que "cuando se verifican las construcciones con el conocimiento y sobre todo con autorización del dueño del terreno, no le es dado a este reinvindicarlas ni forzar al constructor a demolerlas" (XLI Bis, 170).

El detentador puede haber entrado en la tenencia del terreno ajeno en que incorpora sus materiales, plantas o semillas, ora en virtud de una convención jurídica ajustada con el dueño de éste, o ya en ausencia de título contractual. Ante esta dicotomía que en el punto se presenta, conviene determinar si la acción de recobro que consagra el inciso 2o. del artículo 739 del C.C., con sus consecuencias propias, es o no procedente en ambas ocurrencias.

En la primera el dueño del terreno, para lograr la restitución, tiene a su favor la acción que emane del contrato, desde luego que pretende hacer valer un derecho de crédito y no un derecho real; en tal supuesto se aplican las cláusulas que según el pacto acordado entre el propietario y el tenedor se hayan convenido en torno a la suerte de las construcciones y plantaciones, y en defecto de ellas se acatarán las normas legales que rijan al respecto.

Es pues la segunda de las dos ocurrencias anotadas la que, por subsumirse en tal voluntad abstracta de la ley, cae bajo el imperio del rtículo 739, numeral 2o., y por tanto, en principio, solamente a ella se aplican las disposiciones a esta especie de accesión de mueble a inmueble. Mas, para no abrir la esclusa de los enriquecimientos torticeros, nada impide, más bien los términos generales de la norma lo autorizan, aplicar la preceptiva legal en ella contenida cuando aún existiendo vínculo contractual entre el propietario del terreno y el tenedor, en él nada se ha previsto respecto de la suerte que hayan de correr las construcciones y plantaciones, si, por otra parte, las disposiciones legales que rigen el contrato respectivo guardan silencio en esta materia.

Analizando el haz probatorio practicado en el juicio, dedujo el sentenciador, y su conclusión la acepta el recurrente desde luego que el cargo lo formula por violación directa, que el detentador adquirió la tenencia de los predios objeto de litigio en virtud de que su padre, a la sazón dueño de ellos, se los entregó con autorización expresa para que los explotara con la industria

de la caña, pero en ausencia de todo vínculo contractual que lo obligara a distribuir utilidades, pagar arrendamiento o restituir las mejoras plantadas.

Sobre estos supuestos fácticos deducidos en la sentencia, no atacados por el recurrente en el cargo que se estudia, la aplicación del artículo 739 del C.C. era forzosa, por ser la norma legal que regula la especie litigada. Consiguientemente, al aplicarla, el Tribunal no la infringió por el concepto que señala la censura.

(Cas. Civ. mayo 18 de 1972)

(Magistrado Ponente Dr. Humberto Murcia Ballén)

CAPITULO VI

DE LA TRADICION

Definición.— El art. 705 dice: La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo, por una parte, la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra, la capacidad e intención de adquirirlo. Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales.

La tradición era para los romanos el modo más importante de adquirir del derecho de gentes. En expresión de Gayo, "nada hay más conforme con la equidad natural que confirmar la voluntad del dueño que quiere transferir a otro su cosa".

Sistema del Código ecuatoriano.— En los sistemas jurídicos de inspiración romana, el nuestro entre ellos, la tradición es el modo más frecuente de adquirir a título singular. Esto se debe a que la sola voluntad de las partes manifestada en el contrato no basta para transferir la propiedad. Es preciso agregar un procedimiento idóneo que ponga de manifiesto el traslado del dominio representado, para el efecto, por su signo externo que es la posesión. "Para realizar una traslación de propiedad, según el derecho natural, el tradens tiene que entregar al accipiens la possión de la cosa; esto es, el elemento material de la propiedad".

Sistema francés.— El sistema francés es diverso del nuestro en esta materia. Como enseña Planiol, "el derecho francés ha abandonado el antiguo principio, que imponía como necesaria la tradición para realizar la transmisión. En nuestras leyes, el contrato es, no solamente fuente de obligacones como en derecho romano, sino también translativo de la propiedad. Vender es enajenar: ambas nociones eran muy distintas en la antigüedad; hoy se confunden... Los espíritus filosóficos sacrificaron el principio antiguo que exigía la tradición y atribuyeron a la voluntad de las partes expresada en los contratos el poder suficente para transmitir la propiedad".

Sistema alemán.— La esencia del sistema alemán consiste en desvincular el título del modo. Tratándose de la transferencia de la

propiedad el título carece de influencia, obrando el modo, el cual, en este derecho, es una operación compleja integrada por el acuerdo real y por la entrega o por la inscripción.

Wolf enseña: "Los derechos romano y alemán prescriben para la transmisión de cosas muebles la entrega de la cosa con la voluntad de las partes dirigida a la transmisión. Mientras los derechos francés e inglés consideran suficiente el mero consentimiento y prescinden de la tradición, el moderno derecho alemán mantiene, en principio, el requisito de la entrega... Igual que la transmisión de inmuebles, la de muebles es también un contrato real y abstracto".

Tratándose de inmuebles, el derecho alemán modifica la figura romana de la tradición. Esta se convierte en operación compleja, de tal manera que, al decir de Wolf, "el conjunto del acuerdo e inscripción forma un negocio jurídico, y más precisamente, un negocio de disposición cotractual, real y abstracto".

Caracteres y aplicaciones de la tradición:

1º— Es modo de adquirir derivativo porque produce traslación de derechos, de tal modo que el derecho que ingresa en el patrimonio del adquirente es el mismo derecho que sale del patrimonio del tradente.

2º— Es modo de adquirir los derechos reales y los personales (arts. 705, 733).

3º— Por la tradición se transfieren, entre vivos, derechos sobre cosas singulares o sobre conjuntos de cosas singulares.

Según las ideas que inspiran nuestra legislación, jamás puede el tradente desprenderse de la universalidad de su patrimonio.

Puede también hacerse tradición de una sucesión hereditaria: tradente es el heredero y adquirente un tercero. En este caso el objeto de la tradición es una cosa universal la cual consiste en la herencia que no llegó a confundirse con el patrimonio del heredero.

4º— La tradición es un acto jurídico convencional porque requiere el consentimiento coincidente del tradente y del adquirente.

5º— La tradición extingue la obligación de entregar originada en el contrato que le sirve de antecedente.

6º— La tradición no obra como modo de adquirir cuando el tradente no es verdadero dueño de la cosa. Tan sólo da al adquirente el derecho de ganar por prescripción el dominio de que el tradente carecía aunque el tradente no haya tenido ese derecho (art. 718).

Entrega y tradición.— La definición del art. 705 expresa que la tradición consiste en la entrega de las cosas. Es decir, la entrega es el hecho material típico de la tradición, de tal modo que no puede existir ésta sin aquélla.

Debe advertirse que no toda entrega es tradición, en el sentido de que no toda entrega trae como consecuencia una traslación del dominio.

¿De qué depende que la entrega, hecho material, sea al mismo tiempo tradición, modo de adquirir el dominio?— De la intención de enajenar y de adquirir que tienen el que entrega y el que recibe. Esta voluntad de transferir el dominio que hay por la una parte, y de adquirirlo, por la otra, es lo único que distingue la tradición propiamente dicha de la simple entrega o "nuda traditio", que sirve solamente para dar la tenencia de las cosas.

Aunque es claro que no toda entrega produce una tradición, el Código emplea indistintamente ambos términos.

El art. 1.486 dice que el contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere. Sin embargo, de todos los contratos reales, sólo en el mutuo puede hablarse, con propiedad, de tradición.

No se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio, dice acertadamente el art. 2127.

En el art. 2104 se lee que comodato o préstamo de uso es un contrato en que una de las partes entrega a la otra una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso. Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa. Como el comodato no es título traslaticio de dominio, la entrega de la cosa que se hace por efecto de este contrato no transfiere dominio, de donde se infiere que el empleo del término tradición es indebido en el inc. 2º de este artículo.

Elementos de la tradición.— En la tradición propiamente dicha se encuentran dos elementos: uno material y otro intelectual o intencional, que suelen denominarse, respectivamente, corpus y animus.

Corpus.— La tradición, al igual que los demás modos de adquirir, requiere de un hecho material típico. Este hecho material consiste en la entrega—recepción de la cosa realizada por el tradente y por el adquirente, simultáneamente.

La ley ha ideado diversos mecanismos para que se lleve a cabo el hecho material de la entrega—recepción. Tiene en cuenta la naturaleza de las cosas que son objeto de la tradición, así como otros aspectos de conveniencia práctica. Más adelante se estudiarán, en detalle, los diversos procedimientos o mecanismos legales de entrega—recepción.

Animus.— El animus consiste en la intención que, al entregar la cosa, tiene el tradente de desprenderse del dominio de la misma, y en la intención que, al recibir, tiene el adquirente de adquirir el dominio de esta misma cosa.

Al elemento intencional, presente en el tradente y en el adquirente, se debe que la tradición sea un acto jurídico bilateral y convencional.

Los dos elementos, corpus y animus, es decir, la entrega—recepción acompañada de la intención de transferir y de adquirir, componen la estructura de la tradición de tal modo que, sin ellos, no existe. A esto se debe que la expresión de dichos elementos forma parte de la definición contenida en el art. 705.

Requisitos para la validez de la tradición.— Los requisitos necesarios para la validez de la tradición se pueden reducir a cuatro:

1º—Presencia de dos personas, que son tradente y adquirente.
2º—Consentimiento coincidente de ambos.
3º—Título traslaticio de dominio.
4º—Entrega—recepción de la cosa.

1º— **Tradente y adquirente.—** La presencia de dos personas, actuando de consuno, es consecuencia del carácter convencional de la tradición que es, esencialmente, acto jurídico bilateral. Estas personas son el tradente y el adquirente.

Se llama tradente la persona que, por la tradición, transfiere el dominio de la cosa entregada por él o a su nombre; y adquirente, la persona que, por la tradición, adquiere el dominio de la cosa recibida por él o a su nombre.

De ordinario todas las personas pueden realizar actos jurídicos, ya por sí mismas, ya por medio de otros que obran en su lugar o a su nombre.

Pueden entregar y recibir a nombre del dueño sus mandatarios o sus representantes legales. (inc. 2º del art. 706). Para que sea válida la tradición en que intervienen mandatarios o representantes legales se requiere, además, que éstos obren dentro de los límites de su mandato o de su representación legal. (art. 709). Si un individuo, dice el art. 755, toma la posesión de una cosa en lugar o a nombre de otro de quien es mandatario o representante legal, la posesión del mandante o representado principia en el mismo acto, aun sin su conocimiento.

Cabe también que se realice la tradición interviniendo por el tradente o por el adquirente un agente oficioso; es decir una persona que, sin mandato ni representación, administre sus negocios. En este caso, por cierto, la validez de la tradición depende de la ratificación del tradente o del adquirente, en su caso, la misma que obra retroactivamente. Si el que toma la posesión a nombre de otro no es su mandatario ni representante, dice el inc. 2º del art. 755, no poseerá sino en virtud de su conocimiento y aceptación; pero se retrotraerá su posesión al momento en que fue tomada a su nombre.

Caso en que el tradente no es dueño de la cosa.— Para que la tradición sea modo de adquirir, es decir, para que mediante ella se traslade el dominio de la cosa del patrimonio del tradente al patrimonio del adquirente, es preciso que quien hace la entrega sea dueño de la cosa. Nadie puede dar a otro más derechos sobre una cosa que los que él mismo tiene.

Si el que entrega no es verdadero dueño de la cosa, la tradición deja de surtir su efecto propio. Sin embargo, dicha tradición es válida y produce importantes consecuencias jurídicas, la más notable de las cuales es la de dar al adquirente la calidad de poseedor y, por lo tanto, la aptitud para ganar por prescripción el dominio de la cosa. La tradición, dice el art. 718, da al adquirente, en los casos y del modo que las leyes señalan, el derecho de ganar por prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho.

Este efecto de la tradición se sigue de que la posesión no es un derecho, sino un hecho que comienza en el adquirente y no proviene del tradente. En este sentido la expresión del art. 718 es exacta porque no es el tradente quien da al adquirente la calidad de poseedor, sino la tradición, el acto jurídico que, al realizarse sin que el tra-

dente sea dueño de la cosa, no obra como modo de adquirir el dominio, sino como título de posesión.

Cuando se realiza una tradición en que el tradente no es verdadero dueño de la cosa, no se puede producir traslación de dominio. Si el tradente no es verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, dice el art. 717, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada. Pero si el tradente adquiere después el dominio, se entenderá haberse éste transferido desde el momento de la tradición.

Facultad de enajenar.— Para que valga la tradición debe haber, por parte del tradente, facultad de transferir el dominio (art. 705). Es decir, el tradente debe tener facultad de disposición.

El tradente debe, además, ser apto en derecho para intervenir en la realización de la tradición, acto jurídico bilateral que exige capacidad legal.

Capacidad de adquirir.— Para que valga la tradición debe haber por parte del adquirente capacidad de adquirir el dominio (art. 705). Es decir, el adquirente debe ser sujeto capaz de adquirir derechos.

Además, como en la tradición el adquirente desempeña el papel de un acreedor que recibe en pago, para que la tradición sea válida, el adquirente debe tener la administración de sus bienes (art. 1621).

2º— **Consentimiento del tradente y del adquirente.**— La tradición, por ser un acto jurídico bilateral, requiere del consentimiento del tradente y del adquirente. "Lo que caracteriza los actos jurídicos, dice Claro Solar, es que son hechos con la intención de producir un efecto jurídico, y que este efecto jurídico está íntimamente ligado a la voluntad del autor del acto y no puede realizarse independientemente de esta voluntad".

Como la tradición es una convención, para que exista en derecho es necesario el consentimiento de las partes. Para que la tradición sea válida, dice el art. 707, debe ser hecha voluntariamente por el tradente o por su representante. Y el art. 708 agrega que la tradición, para que sea válida, requiere también el consentimiento del adquirente o de su representante.

¿Es igual, en derecho, la ausencia de consentimiento que la presencia de un consentimiento viciado?— Creemos que no, porque si falta el consentimiento no hay convención ni, por lo tanto, tradición. Esta no existe y no ha existido en ningún instante. En cambio, si el consentimiento está viciado, el acto existe; pero adolece de nulidad.

Hay que advertir que, tratándose de la tradición, el Código no hace la necesaria distinción entre inexistencia y nulidad de la convención. El consentimiento mismo y la ausencia de vicios que lo afecten, son requisitos exigidos para la validez de la tradición (arts. 707, 708 y 711).

Validación retroactiva de la tradición.— El inc. 2º del art. 707 dice que la tradición que al principio fue inválida por haberse hecho sin voluntad del tradente o de su representante, se valida retroactivamente por la ratificación del que tiene facultad de enajenar la cosa como dueño o como representante del dueño. Y el inc. 1º del art. 708 dice que la tradición, que en su principio fue inválida por haber faltado este consentimiento, se valida retroactivamente por la ratificación.

Los dos artículos citados admiten la ratificación y validación retroactiva de una tradición que nunca existió. "Es la convalidación de la nada jurídica".

Vicios del consentimiento en la tradición.— Los vicios del consentimiento son: el error, la fuerza y el dolo.

Ahora bien, para que valga la tradición, el consentimiento que presten el tradente y el adquirente deberá estar exento de estos vicios.

Fuerza y dolo.— Son aplicables a la tradición, respecto de la fuerza y el dolo, las disposiciones generales contenidas en los arts. 1.499 y siguientes.

La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona justo temor de verse expuestos ella, su cónyuge o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave. El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento. (art. 1.499).

El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado. En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el valor total de los perjuicios, y contra las segundas, hasta el valor del provecho que han reportado del dolo. (art. 1.501).

Error.— El título VI del Libro II contiene disposiciones especiales aplicables al error.

Se requiere también para la validez de la tradición que no se padezca error en cuanto a la identidad de la especie que debe entregarse, o de la persona a quien se le hace la entrega, ni en cuanto al título.— Si se yerra sólo en el nombre, es válida la tradición (art. 711).

Error es el concepto equivocado que se tiene, de buena fe, respecto de una cosa o de un acontecimiento. Puede ser de hecho o de derecho.

Las dos clases de errores producen consecuencias diversas, establecidas en la Ley.

Error de derecho.— El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, dice el art. 1.495. Esto, según enseña Claro Solar, significa que "no se puede invocar el error sobre un punto de derecho para alegar la nulidad del consentimiento... La Ley debidamente promulgada tiene fuerza obligatoria, se entiende que es conocida de todos y nadie puede alegar ignorancia de ella".

Hay otras disposiciones concordantes sobre el error de derecho. La Ley obliga a todos los habitantes de la República; y su ignorancia no excusa a persona alguna, dice el art. 13. El error, en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario, dice el art. 740.

Error de hecho.— El art. 711 se refiere, por lo tanto, al error de hecho que puede recaer en la especie, en la persona y en el título.

Error en la especie.— El error de hecho vicia el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante. (art. 1.497).

Error en la persona.— En materia de contratos, que dan nacimiento a obligaciones y derechos para las partes, el error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato. (art. 1.498).

Pero, tratándose de la tradición, el error tocante a la persona vicia el consentimiento y lo invalida porque la tradición no es origen de obligaciones, sino que, por el contrario, les pone término. La tradición es un pago que hace el tradente deudor al adquirente acreedor; y el pago, para que sea válido, debe hacerse o al acreedor mismo o a la persona que la ley o el juez autoriza a recibir por él, o a la persona diputada por el acreedor para el cobro. (art. 1.619).

Error en el título.— El error en el título invalida la tradición; sea cuando una sola de las partes supone un título traslativo de dominio, como cuando, por una parte, se tiene el ánimo de entregar a título de comodato, y por otra se tiene el ánimo de recibir a título de donación; o sea cuando por las dos partes se suponen títulos traslativos de dominio, pero diferentes, como si, por una parte, su supone mutuo, y por otra donación. (art. 712).

Si el título no es común a las dos partes, no puede existir el "idem placitum consensus", que constituye la convención.

3º— **Título traslaticio de dominio.**— Para que valga la tradición se requiere un título traslativo de dominio, como el de venta, permuta, donación. (art. 710).

La disposición contenida en el art. 710 indica que el Código adoptó la teoría del título y del modo, de tan importante aplicación en la adquisición derivativa del dominio.

El sistema pertenece a la época clásica del Derecho romano, durante la cual cayeron en desuso las formas ritualistas de la "mancipatio" y la "in jure cessio". "El sistema translativo romano de la época clásica, dice Puig Peña, se caracterizaba por el elemento de la entrega (tradición) engarzado, siquiera sea lógicamente, con un antecedente (contrato) en relación de causa a efecto (conexión causal)".

El Código ecuatoriano se inspira, en este punto, en el sistema romano. La base de la transferencia es la tradición.

La tradición es un acto valorizado en derecho porque supone un "animus transferendi et accipiendi domini", motivado en la "justa causa traditionis: solvendi, credendi, donandi", etc.

El traspaso del dominio se opera por la tradición, la cual se encuentra vinculada a un antecedente o título que le sirve de causa, el cual es, generalmente, un contrato. Entre el título y el modo existe, por consiguiente, relación de causa a efecto, de manera que si no hay título no hay tradición, y si el título es nulo, es nula la tradición.

La adquisición derivativa del dominio es, en nuestro derecho, una operación compleja. En primer lugar se perfecciona un título traslaticio de dominio, como el de venta, permuta, etc. Este contrato, por sí solo, no produce el efecto de transferir el dominio, pero genera derechos personales o créditos.

Así, en el caso de la venta, por ejemplo, en virtud del contrato el vendedor puede exigir el pago del precio y el comprador la entrega de la cosa vendida. Por consiguiente, aunque el contrato no traslada la propiedad, sirve de antecedente o causa de la transferencia que viene después y que se realiza mediante la entrega o tradición, la cual es, propiamente, el modo de adquirir el dominio.

4º— **Entrega de la cosa.**— La entrega—recepción es el hecho material típico o propio de la tradición.

La entrega—recepción no es un procedimiento meramente mecánico, sino que es un acto valorizado en derecho. Es una convención en la que el tradente y el adquirente concurren voluntariamente, teniendo los dos el ánimo de transferir y de adquirir el dominio, respectivamente.

Debe advertirse que, en estricto sentido jurídico, lo que pasa de un patrimonio a otro, vale decir, lo que el tradente transfiere al adquirente es el derecho que tiene sobre la cosa que entrega.

El patrimonio es una entidad ideal, una abstracción que pertenece a la esfera jurídica. Por lo tanto, en él no pueden estar las cosas del mundo físico, sino los derechos que recaen en ellas. Cuando una persona adquiere, enriquece su patrimonio con el derecho que ingresa en él. Cuando una persona enajena, disminuye su patrimonio porque de él sale un derecho.

El sentido jurídico de la tradición consiste, por consiguiente, en trasladar un derecho del patrimonio del tradente al del adquirente. Consiste también, como consecuencia, en poner la cosa objeto del derecho transferido bajo la potestad del adquirente, quitándola del poder del tradente.

De esto se sigue que por la tradición el adquirente adquiere el dominio y la posesión de la cosa.

Tradición de derechos reales en cosas corporales muebles.— Esta tradición puede ser real o ficta; y, en todo caso, deberá hacerse significando una de las partes a la otra que le transfiere el dominio.

El art. 719 menciona algunos medios de realizar la tradición de los bienes corporales muebles. La enumeración, sin embargo, no es taxativa puesto que bien pueden idearse otros procedimientos para este mismo efecto.

Tradición real.— Se dice que la tradición es real cuando la cosa pasa, materialmente, de manos del tradente a manos del adquirente. Es muy frecuente en las ventas que se realizan en los establecimientos de comercio en las que el vendedor entrega, en sus manos, al comprador, la cosa vendida.

La tradición es también real en los casos en que, con el consentimiento del tradente, la cosa es aprehendida por el adquirente. Por lo tanto, es tradición real la del núm. 1º del art. 719 porque se realiza permitiendo el tradente al adquirente la aprehensión material de una cosa presente.

Tradición ficta.— La tradición es ficta cuando la cosa no es aprehendida materialmente en el momento de la entrega. Se realiza mediante un recurso o elemento que, por ficción legal, representa o equivale a la tradición.

Son tradiciones fictas las siguientes:

a.— **Tradición simbólica**: En lugar de la cosa misma, el tradente entrega al adquirente un signo representativo de ella.

Ejemplo de tradición simbólica es la del núm. 3º del art. 719, según el cual la tradición se efectúa entregando el tradente al adquirente las llaves del granero, almacén, cofre o lugar cualquiera en que esté guardada la cosa.

Constituye también tradición simbólica la entrega de los títulos de dominio relativos a la cosa mueble que se enajena; el hecho de poner el adquirente su marca en la cosa comprada, con el consentimiento del tradente, etc.

También es simbólica la tradición que, según el núm. 4º del art. 719, se hace encargándose el uno de poner la cosa a disposición del otro en el lugar convenido. El elemento simbólico de esta tradición consiste en el compromiso o encargo que acepta el tradente. Pero hay que entender que si el tradente no cumple su compromiso no habrá tradición porque ésta requiere que la cosa quede, de algún modo, a disposición del adquirente.

En el Proyecto de 1853 se agregaba la frase "y cumpliendo el encargo", la cual daba al núm. 4º un sentido más adecuado. Sin embargo, esta frase fue suprimida quizás por parecer demasiado obvio que no habrá tradición sino una vez que el tradente llegue efectivamente a poner la cosa a disposición del adquirente en el lugar convenido.

El carácter simbólico de esta tradición consiste en que queda consumada sin que el adquirente aprehenda materialmente la cosa. Como explica Claro Solar: "Es evidente que si en el hecho no se pone la cosa a disposición de aquel a quien se transfiere el dominio, no se verificará la tradición; pero se entiende hecha simbólicamente la tradición por la circunstancia de encargarse de poner la cosa a disposición del adquirente, si se deposita en el lugar convenido, aunque no esté presente el adquirente en el momento en que se deja la cosa en ese lugar y aunque ignore que ha sido ahí dejada".

b.— **Tradición "longae manus".**— La tradición llamada longae manus es de creación romana. Tuvo notable aplicación práctica, siendo empleada, inclusive, para la tradición de inmuebles.

La tradición "longae manus" está reservada en el Código ecuatoriano exclusivamente para las cosas muebles.

Ejemplo de esta tradición es la del núm. 2º del art. 719, según el cual el tradente entrega la cosa "mostrándosela" al adquirente. Esto significa que la cosa, que está a la vista, es mostrada y puesta a disposición del adquirente, el cual toma después posesión de ella.

Los romanos decían que esta tradición se realiza "oculis et affectu", por los ojos y la intención. La llamaban longae manus para significar que la mirada y la intención de adquirir desempeñan el papel de una mano que se alarga o extiende para aprehender la cosa.

c.— **Tradición "brevis manus".**— Se efectúa, según el Código, por la venta, donación u otro título de enajenación conferido al que

tiene la cosa mueble como usufructuario, arrendatario, comodatario, depositario, o a cualquier otro título no translativo de dominio. (art. 719, núm. 5º).

Al conferir un título de enajenación a un mero tenedor, se supone hecha la tradición porque se le permite al adquirente que tome la cosa de sí mismo, brevis manus, evitando, de este modo, la inútil operación de devolver la cosa al tradente para recibirla de él nuevamente.

d.— **Tradición por "cláusula de constituto".**— A esta tradición se refiere la segunda parte del num. 5º del art. 719. Según esta disposición, la tradición se efectúa por el mero contrato en que el dueño se constituye usufructuario, comodatario, arrendatario, etc.

Esta manera de hacer tradición de muebles, llamada también "constitutum possessorium", evita, como la anterior, que se verifiquen operaciones jurídicamente innecesarias. El dueño, al enajenar la cosa, continúa con la tenencia de la misma, reconociendo a partir de la cláusula de constituto el dominio y posesión del adquirente. Con esto se entiende que la cosa ha sido debidamente entregada.

Tradición de derechos reales sobre inmuebles.— El art. 721 dice que se efectuará la tradición del dominio de bienes raíces por la inscripción del título en el libro correspondiente del Registrador de la Propiedad.

De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso, de habitación o de servidumbre constituídos en bienes raíces y del derecho de hipoteca.

Acerca de la tradición de las minas se estará a lo prevenido en las leyes especiales respectivas.

Sobre esta disposición hay que observar que no cabe hacer tradición de los derechos de uso y de habitación porque son intransferibles, según lo dispuesto por el art. 851. Lo que hay es constitución que hace el dueño, limitando su derecho. Y es esta constitución la que se inscribe en el libro correspondiente.

Asimismo la hipoteca no se transfiere, sino que se constituye por escritura pública inscrita en el registro correspondiente. Se extingue por las causas determinadas en el art. 2.360.

Según el art. 721, la tradición de inmuebles es exclusivamente simbólica. La única manera de realizarla consiste en la inscripción del título en el libro correspondiente del Registrador de la Propiedad.

La disposición del art. 721 excluye el derecho de herencia cuyo régimen analizaremos más adelante.

En el Mensaje con el que se presentó el Proyecto de Código Civil se explican las finalidades y alcances de la institución del Registro. "Según el proyecto que os presento, dice, la tradición del dominio de bienes raíces y de los demás derechos reales constituídos en ellos, menos los de servidumbre, deberá hacerse por inscripción en un registro... En cuanto a poner a la vista de todos el estado de las fortunas territoriales, el arbitrio más sencillo era hacer obligatoria la inscripción de todas las enajenaciones de bienes raíces, inclusas las transmisiones hereditarias de ellos, las adjudicaciones y la constitución de todo derecho real en ellos".

Según la mente que inspiró la adopción de este sistema, debería llegar un tiempo en que su vigencia colocase "la propiedad territorial de toda la República a la vista de todos, en un cuadro que representaría, por decirlo así, instantáneamente sus mutaciones, cargas y divisiones sucesivas; la hipoteca cimentada sobre bases sólidas; el crédito territorial vigorizado y susceptible de movilizarse".

Objeto del registro.— El art. 1º de la Ley de Registro dice que la inscripción de los instrumentos públicos, títulos y demás documentos que la Ley exige o permite que se inscriban en los registros correspondientes, tiene principalmente los siguientes objetos:

a.— Servir de medio de tradición del dominio de los bienes raíces y de los otros derechos reales constituídos en ellos;

b.— Dar publicidad a los contratos y actos que trasladan el dominio de los mismos bienes raíces o imponen gravámenes o limitaciones a dicho dominio; y,

c.— Garantizar la autenticidad y seguridad de los títulos, instrumentos públicos y documentos que deben registrarse.

La inscripción en el Registro sirve también para conferir y mantener la posesión de bienes raíces. (arts. 758, 762 y 764).

Organización y régimen del Registro.— De conformidad con el Código Civil y con la Ley de Registro, en la cabecera de cada Cantón habrá una oficina a cargo de un Registrador, en la que se llevarán los registros de las inscripciones ordenadas o permitidas por la Ley.

Los libros que debe llevar el Registrador se denominan: Repertorio, Registro de Propiedad, Registro de Gravámenes, Registro Mercantil y Registro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar.

El Repertorio sirve para anotar los documentos cuya inscripción se solicite. Será foliado y todas sus páginas las rubricará un Juez Cantonal.

Los registros se formarán del mismo modo que el Protocolo de los Notarios y se foliarán sucesivamente. Empezarán y concluirán con el año y en cada uno de ellos se hará la inscripción bajo una serie sucesiva de números independientes de la serie general del Repertorio.

Títulos, actos y documentos que deben registrarse.— El art. 25 de la Ley de Registro dice: Están sujetos al registro los títulos, actos y documentos siguientes:

a.— Todo contrato o acto entre vivos que cause traslación de la propiedad de bienes raíces;

b.— Toda demanda sobre propiedad y linderos de bienes raíces; las sentencias definitivas ejecutoriadas determinadas en el Código Civil y en el Código de Procedimiento Civil.

c.— Los títulos constitutivos de hipoteca o de prenda agrícola o industrial;

d.— Los títulos constitutivos sobre bienes raíces de los derechos de usufructo, de uso, de habitación, de servidumbres reales y de cualquier otro gravamen, y en general los títulos en virtud de los cuales se ponen limitaciones al dominio sobre bienes raíces;

e.— Los testamentos;

f.— Las sentencias o aprobaciones judiciales de partición de bienes, así como los actos de partición, judiciales o extrajudiciales;

g.— Las diligencias de remate de bienes raíces.

h.— Los títulos de registro de minas, con sujeción a las leyes de la materia;

i.— Los documentos que se mencionan en el libro primero, sección segunda, párrafo segundo del Código de Comercio, inclusive los nombramientos de los administradores de las Compañías Civiles y Mercantiles;

j.— El arrendamiento, en el caso del art. 1.930 del Código Civil;

k.— El cambio o variación del nombre de una finca rural. El que hace la variación debe solicitar el registro del nuevo nombre al Registrador correspondiente, a más tardar dentro de los quince días siguientes a aquel en que se haya hecho uso en documento público u oficial o en alguna diligencia o acto público u oficial, del nombre va-

riado o cambiado. La misma obligación tienen los partícipes de una finca rural, dividida o partida, en cuanto a los nuevos nombres que impusieren a las partes que les hayan adjudicado.

Deben también inscribirse:

1º— La constitución de todo fideicomiso que comprenda o comprometa un inmueble (art. 769 del Código Civil).

2º— Los decretos de interdicción provisional y definitiva, así como el de rehabilitación del disipador (arts. 486, 494).

3º— El decreto en que se concede el beneficio de separación, si hubiere bienes raíces en la sucesión. (art. 1.428).

4º— La sentencia ejecutoriada que reconociere como adquirido por prescripción el dominio o cualquier otro de los derechos reales mencionados en los arts. 721 y siguientes.

5º— La transmisión, mortis causa, de una herencia exige varias inscripciones ordenadas por el art. 723 del Código Civil.

Procedimiento de las inscripciones.— Para efectuar la inscripción se exhibirá al Registrador copia auténtica del título respectivo, y de la disposición judicial, en su caso. La inscripción principiará por la fecha de este acto, y expresará la naturaleza y fecha del título, los nombres, apellidos y domicilios de las partes y la designación de la cosa, según todo ello aparezca en el título. Expresará además, la oficina o archivo en que se guarde el título original, y terminará con la firma del Registrador. (art. 725).

Otras disposiciones aplicables al procedimiento de las inscripciones se contienen en los arts. 726 y siguientes del Código Civil y en los arts. 26 y siguientes de la Ley de Registro.

Tradición de las servidumbres.— Cuando se habla de tradición de las servidumbres debe entenderse en el sentido de constitución de las mismas, pues las ya constituídas no pueden transferirse aisladamente porque las servidumbres son inseparables del predio a que activa o pasivamente pertenecen.

Según esto, el art. 25, letra d, de la Ley de Registro, ordena la inscripción del título constitutivo de una servidumbre.

Tradición del derecho de herencia.— La herencia o conjunto de derechos y obligaciones transmisibles de una persona, pasa del

causante al heredero y es adquirida por éste en virtud del modo de adquirir llamado sucesión por causa de muerte.

El heredero puede ceder a un tercero toda la herencia o una cuota de ella. En este caso, el adquirente adquiere este bien universal por tradición.

¿Cómo se efectúa esta tradición, en la que el heredero es el tradente y el tercero, el adquirente? ¿Es necesaria la inscripción?

El art. 721 prescindió de hacer mención del derecho de herencia al enumerar aquellos cuya tradición se efectúa por medio de la inscripción. Y no existiendo disposición expresa al respecto, debe resolverse acudiendo a los principios de la legislación aplicables a la peculiar naturaleza jurídica del derecho de herencia.

La doctrina.— Las opiniones doctrinales son discordantes. El chileno Leopoldo Urrutia sostiene que la tradición de la herencia no requiere de inscripción porque "siendo la herencia una universalidad jurídica, que no comprende bienes determinados sino un conjunto de bienes indeterminados o una cuota de ese conjunto, no puede calificarse de bien mueble o inmueble. Por tanto, aunque la herencia comprenda bienes inmuebles, no es necesaria la inscripción de que habla el art. 686 (721) para la tradición de ella, pues esta última disposición se refiere a la manera de efectuar la tradición del dominio de los bienes raíces, y ya se ha dicho que aunque la herencia comprenda éstos no adquiere carácter inmueble, sino que mantiene su calidad de bien abstracto o sui generis".

José Ramón Gutiérrez, citado por Vodanovic, estima que "el derecho real de herencia es mueble o inmueble según lo sean las cosas singulares en que ha de ejercerse, porque la herencia confiere al heredero un derecho real sobre cada una de las especies singulares que la componen. La herencia es, pues, una cosa cuyo carácter depende de los bienes o especies que la componen: a) Si sólo se compone de bienes muebles, la herencia será una cosa mueble y su tradición deberá efectuarse por uno de los medios que el art. 684 (719) indica para la tradición de las cosas corporales muebles; b) Si la herencia se compone únicamente de bienes inmuebles, será cosa inmueble, y la tradición deberá efectuarse conforme al art. 686 (721) por la inscripción del título; c) Si la herencia comprende muebles e inmuebles, tiene carácter mixto, y su tradición también deberá efectuarse conforme al art. 686 (721). La calificación de la herencia, co-

mo de todo derecho, depende, pues, según sea mueble o inmueble la cosa en que recae (art. 580 (616)".

El jurista ecuatoriano Alejandro Ribadeneira considera que "si la venta de la herencia es también título traslativo de dominio de los objetos que, como partes integrantes, se comprenden en la herencia, cuando en ésta hay bienes raíces, débese inscribir la escritura pública en que consta aquel contrato, para cumplir de este modo con lo dispuesto en el art. 675 (721), inciso 1º del Código Civil, según el cual se efectúa la tradición del dominio de bienes raíces por la inscripción del título... Sólo así el comprador llega a ser, en virtud de la venta, a la vez que sucesor universal, sucesor particular de los bienes de la herencia". Luego añade: "Prescindiendo de lo que acabo de exponer, hay otra razón que justifica la necesidad de la inscripción de la escritura de venta de derechos hereditarios para que se realice el traspaso de la propiedad... La ley manda tener en consideración la clase de bienes de que se compone la masa de la herencia, para determinar si ésta es mueble o inmueble, y sujetarla, según sea lo uno o lo otro, a las disposiciones especiales a cada especie de esos bienes, entre las que se encuentran las de la tradición... El derecho de herencia es, por tanto, inmueble cuando en la sucesión hay bienes de esta clase; y por lo mismo en tal caso la venta de aquel derecho es reputada por la ley, para todos los efectos, como venta de inmueble; sin que importe que la sucesión hereditaria comprenda también bienes muebles, porque es la calidad de aquellos bienes, de los raíces, la que entonces predomina; como sucedería en la venta del derecho de usufructo sobre un predio rústico que tuviese también bienes muebles".

La jurisprudencia.— En su mayor parte, las sentencias de los tribunales chilenos han resuelto que la tradición del derecho de herencia no requiere de inscripción. Una sentencia de la Corte de Santiago expedida en 1905 dice: "La herencia es una asignación a título universal y, por tanto, los coasignatarios de una herencia proindiviso no son dueños singulares de cada uno de los bienes hereditarios, sino de la universalidad o de una cuota de ese patrimonio. De tal modo que si venden o ceden su derecho hereditario no transfieren propiedad alguna particular, sino la cuota que les corresponda en dicha universalidad. No existe disposición legal alguna que exija para la entrega de un derecho hereditario cedido entre vivos la inscripción re-

ferida, aunque en la herencia existan bienes raíces. Del texto del art. 868 (721) del Código Civil, como del siguiente, y de los arts. 54 y 78 del Reglamento del Conservador, que determinan los bienes cuya tradición debe efectuarse por la inscripción y reglan la forma y solemnidades de ella, aparece con claridad que esas disposiciones se refieren a inmuebles singulares, individualmente especificados, requisitos que no se encuentran reunidos en la tradición del derecho hereditario, puesto que estos derechos por su naturaleza jurídica no comprenden bienes determinados sino una universalidad, un conjunto de bienes indeterminados, o una cuota de ellos, entre los cuales, aun en el supuesto de existir bienes raíces, no se transmiten por la cesión otros derechos que los que pueden corresponder al cedente para que el cesionario los haga valer por sí solo en el juicio de partición, o fuera de éste, conjuntamente con los demás herederos".

La misma Corte de Santiago, en 1935, expresó: "El art. 686 (721) no es aplicable a los derechos hereditarios, como son los legados. Dicha disposición se refiere a la tradición del dominio y otros derechos que se menciona sobre bienes raíces. El dominio de las herencias se transfiere con arreglo a la ley general, por escritura pública en que el cedente manifiesta su voluntad de transferirlo y el cesionario le presta su aceptación".

En sentido contrario un fallo de la Corte de Santiago, de 1874, dice: "Si la herencia comprende bienes raíces, la cesión de ella no puede hacerse sin la correspondiente inscripción en el Registro del Conservador".

La Corte Suprema del Ecuador, en sentencia de 8 de Marzo de 1921, dice: "... 4º) Según el art. 1791 (1767), inc. 2º del Código Civil, la venta de una sucesión hereditaria es perfecta ante la Ley desde que se ha otorgado escritura pública; y, en virtud de ésta, es incuestionable que el contrato existe y tiene, por lo mismo, de surtir efectos para todo lo concerniente a la efectividad de los derechos y obligaciones que de él nacen; 5º) el título adquisitivo del comprador de una herencia es la venta, no la sucesión por causa de muerte; y, por esto, para adquirir el dominio de los bienes de la herencia comprada, es necesaria la tradición; 6º) a tratarse de bienes raíces, sea cualquiera la naturaleza del título traslativo de dominio, la tradición no es efecto del contrato, sino de la inscripción prescrita, de modo absoluto, en el art. 675 (721), inc. 1º, del propio Código, como que ésta, la inscripción, significa la entrega que el dueño hace al adquiren-

te de la cosa sobre que versa el acto o contrato; 7º) en las ventas hechas por... se comprendieron bienes raíces de la sucesión de...; y, por tanto, sin inscripción del título, no puede tener lugar la tradición o entrega de la cosa vendida a los compradores".

Tradición de los derechos personales.— Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la Ley, han contraído las obligaciones correlativas.

Los derechos personales son bienes incorporales sobre los cuales hay una especie de propiedad que puede ser transmitida por causa de muerte y transferida por acto entre vivos, a cualquier título.

Los jurisconsultos romanos consideraron que los créditos no podían ser transferidos de la misma manera que las cosas corporales porque al consistir en una relación entre dos personas, el paso del crédito a un tercero cambiaría uno de los términos de la relación y sería distinta la nueva obligación.

Sin embargo, era necesario que los créditos se incorporasen al comercio y que pudiesen pasar de una persona a otra. Para hacer esto posible los romanos idearon ciertos recursos indirectos, el principal de los cuales fue la "procuratio in rem suam".

El derecho justinianeo dio un nuevo avance al eliminar los inconvenientes de la "procuratio", permitiendo que el cesionario hiciera una notificación al deudor, llamada "denuntiatio", en virtud de la cual el deudor quedaba impedido de oponer la excepción de ignorancia de la cesión. Y para que el cesionario pudiera hacer valer sus derechos más eficazmente, se le concedieron determinadas acciones válidas, aun cuando el cedente hubiera revocado la procuratio.

Este es el origen histórico de la cesión, que tanta importancia tiene en el actual derecho civil.

La tradición de los derechos personales que un individuo cede a otro, se efectúa por la entrega del título, hecha por el cedente al cesionario (art. 733). La cesión de un crédito personal, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título. (art. 1.868).

El dominio de un crédito puede pasar de un patrimonio a otro, por sucesión por causa de muerte o por tradición. Aquí nos ocupamos de este segundo modo de adquirir los créditos.

Para que valga la tradición de un crédito se requiere un título traslativo de dominio; cualquier título, en expresión del art. 1.868. Podría ser, por lo tanto, venta, permuta, donación, etc. Pero como la transferencia del dominio no es efecto inmediato del contrato, sino de la tradición, debe efectuarse ésta mediante la cesión del crédito. Así, el contrato, antecedente o título, es la causa remota de la adquisición; y la tradición, que se efectúa mediante la cesión, es la causa próxima o modo de adquirir el dominio del crédito.

Ahora bien, así como la tradición de los bienes corporales muebles tiene mecanismos especiales y así como la tradición de inmuebles se realiza mediante la inscripción del título, también la tradición de los créditos o cesión tiene su particular procedimiento que consiste en la entrega del título, esto es "del título o documento que comprueba el crédito cedido, y no la entrega del documento del contrato celebrado entre el cedente y el cesionario".

El Título XXIV del Libro IV del Código Civil trata prolijamente de la cesión de los créditos personales.

Aquí conviene anotar que la cesión no surte efecto contra el deudor ni contra terceros mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor, o aceptada por éste. La notificación debe hacerse con exhibición del título que comprueba el crédito, el cual llevará anotado el traspaso del derecho con la designación del cesionario y bajo la firma del cedente. Si el título fuere una escritura pública, la boleta que se entregará al deudor indicará el protocolo en que se haya otorgado, y se anotará el traspaso al margen de la matriz. (arts. 1869, 1870, 1871).

Según lo que dispone el art. 1.876, las disposiciones relativas a la cesión de derechos de que trata el Código Civil no se aplicarán a las letras de cambio, pagarés a la orden, acciones al portador y otras especies de transmisión que se rigen por el Código de Comercio o por leyes especiales.

Efectos de la tradición:

a).— El efecto natural de la tradición consiste en la traslación del derecho que le sirve de objeto, del patrimonio del tradente al patrimonio del adquirente.

Este efecto supone que el tradente sea dueño de la cosa que entrega, pues nadie puede dar a otro más derechos sobre una cosa que los que él mismo tiene.

Si el tradente no es verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada.

Pero si el tradente adquiere después el dominio, se entenderá haberse éste transferido desde el momento de la tradición. (art. 717).

b).— La tradición da al adquirente la posesión de la cosa, tanto si el tradente es verdadero dueño de la cosa, como si no lo es.

Como en el sistema del Código la posesión no es un derecho sino un hecho, no puede pasar del tradente al adquirente. Este, en virtud de la tradición, toma la cosa bajo su poder y da comienzo a su propia posesión. La posesión del sucesor comienza en él, ora suceda a título universal o singular. (art. 751).

La tradición da al adquirente, en los casos y del modo que las leyes señalan, el derecho de ganar por prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho. (art. 718).

Si la cosa es de aquellas cuya tradición deba hacerse por inscripción en el correspondiente libro del Registrador de la Propiedad, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio. (art. 758).

c).— La tradición produce el efecto de un pago.

Hemos visto que la tradición, para que sea válida, requiere de un antecedente o título que es, generalmente, un contrato.

Este contrato antecedente genera derechos y obligaciones personales para las partes. El tradente, en la tradición, desempeña el papel de deudor que paga, y el adquirente, el de acreedor que cobra. Pago efectivo es la prestación de lo que se debe. (art. 1.611).

Por consiguiente, la solución de la obligación originada en el contrato se efectúa mediante la tradición. Se puede pedir la tradición de todo aquello que se deba, desde que no haya plazo pendiente para su pago; salvo que intervenga disposición judicial en contrario. (art. 716).

Modalidades que afectan a la tradición.— Las modalidades que afectan a la tradición son: la condición suspensiva y la condición resolutoria. La tradición puede transferir el dominio bajo condición suspensiva o resolutoria, con tal que se exprese. (art. 715).

Las condiciones, suspensiva o resolutoria, a que se refiere el art. 715 se expresan en el título, antecedente de la tradición.

Ahora bien, en el sistema de la adquisición derivativa el título y el modo están íntimamente vinculados con relación causal, de tal manera que lo que afecta al título afecta también al modo.

Por consiguiente, las condiciones que afectan al título y que se expresan en él, afectan igualmente a la tradición.

a).— **Condición suspensiva.**— La condición suspensiva impide que se traslade el derecho, no obstante la entrega de la cosa.

Cuando existe condición suspensiva y se ha efectuado la entrega, como la cosa queda en manos del adquirente, éste adquirirá el dominio, por el ministerio de la ley, cuando se cumpla la condición, sin que se requiera ninguna diligencia posterior.

Mientras está pendiente la condición suspensiva el adquirente es mero tenedor de la cosa que ha recibido.

b).— **Condición resolutoria.**— La tradición hecha bajo condición resolutoria transfiere inmediatamente el dominio de la cosa entregada.

Cumplida la condición resolutoria se resuelve el derecho del adquirente.

Son casos de tradición hecha bajo condición resolutoria: la propiedad fiduciaria (art. 767), el pacto de retroventa (art. 1.848) y el pacto comisorio (art. 1.844).

Condición resolutoria tácita.— El art. 715 dispone que toda condición, para que afecte a la tradición, debe expresarse.

Algunos creen, sin embargo, que la condición resolutoria tácita del art. 1532 afecta también a la tradición porque al resolverse el contrato bilateral por no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, desaparece la causa o antecedente de la tradición, no pudiendo ésta surtir efecto alguno.

Reserva del dominio hasta el pago del precio.— El inc. 2º del art. 715 dice que, verificada la entrega por el vendedor, se transfiere el dominio de la cosa vendida, aunque no se haya pagado el precio, a menos que el vendedor se haya reservado el dominio hasta el pago.

La reserva del dominio hasta el pago del precio viene a ser, según este inciso, una condición suspensiva que impide que el adquirente adquiera el dominio aunque haya recibido la cosa.

Pero el art. 1.841 dispone que la cláusula de no transferirse el dominio sino en virtud de la paga del precio, no surtirá otro efecto que el de la demanda alternativa enunciada en el art. 1.840. O sea, el vendedor tradente queda en el caso de demandar o el pago del precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios.

En resumen, la reserva del dominio hasta el pago del precio impide, según el inc. 2º del art. 715, que el adquirente adquiera el dominio de la cosa que ha recibido. Y según el art. 1.841, la reserva del dominio hasta el pago del precio, produce efectos distintos.

¿Cómo se resuelve la contradicción?, interroga Vodanovic. Y luego contesta: "Haciendo primar los artículos de la compraventa; porque están ubicados especialmente en el título de la compraventa y sabemos que, de acuerdo con el art. 13 (12) del Código, las disposiciones de una ley relativa a cosas o negocios particulares, prevalecen sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición".

Venta con reserva de dominio.— Decreto reformatorio del Código de Comercio: R. O. 68 de 30—IX—63.— En las ventas de cosas muebles que se efectúen a plazos, cuyo valor individualizado por cada objeto exceda del precio de quinientos sucres, el vendedor podrá reservarse el dominio de los objetos vendidos hasta que el comprador haya pagado la totalidad del precio. Consecuentemente, el comprador adquirirá el dominio de la cosa con el pago de la totalidad del precio, pero asumirá el riesgo de la misma desde el momento en que la reciba de poder del vendedor.

Si es verdad que el contrato de compraventa se perfecciona desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, no adquiere el comprador el dominio de las cosas compradas —derecho real— sino por la tradición. (Código Civil) G. J.— Serie II, No. 105.

Si bien los arts. 715 y 1.879 (717 y 1.786) del Código Civil "dan a la venta y tradición de cosa ajena un efecto retroactivo, en cuanto a la transmisión del dominio, para el caso de que el vendedor tradente lo adquiriese después, tal efecto retroactivo sólo tiene lugar cuando es el mismo vendedor tradente el que adquiere el dominio o lo adquiere el sucesor hereditario por un título que dimana de su causante, mas no cuando el sucesor lo adquiere por un título distinto, porque no se trata de ningún derecho u obligación transmi-

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA U.C.
BIBLIOTECA

sibles al heredero, sino de una condición legal que ha de cumplirse en vida del vendedor y que caduca por su muerte".— G. J.— Serie V, No. 28.

La inscripción de un título, posterior a la del título alegado por la otra parte, no es suficiente para transferir dominio, según lo prescrito por los arts. 668, 675 y 671 (663, 670, 680 y 666 del Código Civil—.) G. J.— Serie III, No. 99.

El título de compra de bienes raíces, para transferir el dominio de ellos, debe ser inscrito.— G. J.— Serie III, No. 99.

No surte efecto legal la inscripción del título después de trabada la litis.— G. J.— Serie, II, No. 105.

Por sólo la inscripción del testamento, no adquieren los herederos el dominio de inmuebles cuyos títulos no se hallaban inscritos a la muerte del testador.— G. J.— Serie II, No. 105.

"Cuando se vende separadamente un inmueble a dos personas... son aplicables las disposiciones contenidas en los arts. 675, 685, 712, 690 y 1.808 (721, 731, 753, 136 y 1.784) del Código Civil que se refieren a la propiedad inscrita y a la posesión regular, cuando el título es traslativo de dominio, sin que nadie pueda adquirir más derechos que los que el tradente hubiese tenido, al tenor del artículo 671 (722) del Código Civil, cuando él no es verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre; y al agregar la posesión de una serie no interrumpida de antecesores, como lo ha hecho el demandante, se responsabiliza de las mismas calidades y vicios con que éstos la adquirieron, al tenor de lo dispuesto en el art. 705 (751) del Código Civil".— G. J.— Serie VII, No. 6.

1o.) "El título adquisitivo del comprador de una herencia, es la venta, no la sucesión por causa de muerte; y, por esto, para adquirir el dominio en los bienes de la herencia comprada, es necesaria la tradición.— 2o.) A tratarse de bienes raíces, sea cualquiera la naturaleza del título translativo de dominio, la tradición no es efecto del contrato, sino de la inscripción prescrita, de modo absoluto, en el art. 675 (721), inc. 1o. del Código Civil, como que ésta, la inscripción, significa la entrega que el dueño hace al adquirente de la cosa sobre que versa el acto o contrato".— G. J.— Serie VI, No. 56.

La prioridad de la inscripción de los títulos de dominio, importante cuando son conferidos por la misma persona, no tiene influencia alguna cuando provienen de diversas personas.— G. J.— Serie II, No. 39.

Si bien la prueba de propiedad de los bienes raíces no puede ser otra que el correspondiente título inscrito, es al reinvindicador a quien incumbe producirla, ya que el demandado, en su calidad de actual poseedor, nada tiene que probar, bastándole esa actual posesión para que se le repute dueño, mientras no pruebe lo contrario el contendor que le disputa dicha propiedad

y trata de arrancarla de su poder, ejerciendo la acción reinvindicatoria.— G. J.— Serie I, No. 151.

En la acción reinvindicatoria, debe el actor comprobar que es dueño de la cosa que reinvindica y que el demandado está en posesión actual de ella. No es prueba de dominio la escritura de compra—venta otorgada por quien, a la fecha del otorgamiento, no era verdadero dueño de la cosa, ya que, atento el art. 671 (717) del Código Civil, el tradente de una cosa no transmite más derechos que los que él mismo tiene sobre la cosa entregada.— G. J.— Serie II, No. 37.

1o.— Si bien el comprador ha quedado facultado para hacer inscribir la escritura... esta facultad no le imponía otra obligación que la de presentar dicha escritura al Registrador de la Propiedad para el indicado objeto... La facultad de obtener la inscripción, concedida al comprador, no le imponía la obligación de remover los obstáculos que se le presenten, especialmente los provenientes de culpa del vendedor...— G. J.— Serie IX, No. 11.

CAPITULO VII

DE LA POSESION

Consideraciones preliminares.— La institución posesoria ha sido objeto de extensas discusiones doctrinales y su planteamiento ha suscitado notables dificultades.

La posesión exige detenida consideración y maduro examen porque su alcance trasciende del campo estrictamente jurídico y afecta al orden económico—social.

La posesión pone al hombre en contacto con las cosas y le permite aprovecharlas para la satisfacción de sus necesidades. "Valora el carácter preeminente del trabajo como expresión inmediata de la persona; y da interés práctico al derecho de propiedad, que es garantía de la libertad esencial de la persona y elemento insustituible del orden de la sociedad".

Concepto de posesión.— El art. 734 del Código Civil contiene la siguiente definición de posesión: Posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño; sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o bien por otra persona en su lugar y a su nombre.

Según esta definición legal, componen la posesión dos elementos: la tenencia de la cosa y el ánimo de señor o dueño.

La tenencia es el elemento material; el que pone a la persona en contacto con la cosa, permitiéndole aprovecharla y ejercer en ella un poder de hecho.

El ánimo de señor o dueño es el elemento formal; el que da sentido jurídico a la tenencia y la convierte en posesión. "Posesión es tenencia con ayuda del cuerpo y del entendimiento" se lee en el Título XXX de la Partida Tercera.

Hay que distinguir la tenencia que es el elemento material de la posesión, de la mera tenencia.

Según el art. 748, se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño.

Esta denominación se aplica generalmente a todos los casos en que se tiene una cosa reconociendo dominio ajeno.

Tenencia y posesión.— Teorías.— En la problemática jurídica se presenta la grave cuestión de decidir, en los casos en que una

cosa se encuentre sometida a una persona, si se trata de posesión o de mera tenencia.

El jurista debe determinar, en cada caso, la naturaleza del poder que la persona ejerce en la cosa. De la índole de dicho poder dependerá que tal persona ejerza posesión o mera tenencia.

Dos son las principales teorías que han tratado de formular principios apropiados para caracterizar la relación posesoria, a saber: la teoría subjetiva o clásica de Savigny, y la teoría objetiva de Ihering.

Don Luis Claro Solar resume la posición doctrinal de ambas teorías, del modo siguiente: "En el sistema de Ihering toda relación posesoria constituye una posesión propiamente dicha, mientras no se establezca que la ley pone obstáculo a que el efecto de la posesión se produzca, o sea, mientras no se pruebe la existencia de una causa detentionis fijada por la ley. En consecuencia, si nos hallamos en presencia de una relación posesoria en la cual el legislador no ha decidido si existe posesión o mera tenencia, hay que admitir que existe posesión. La noción de la detención no puede ser extendida más allá de los límites en los cuales la ley la establece. Por el contrario, en el sistema de Savigny es preciso, en todas las relaciones posesorias problemáticas, admitir que hay mera detención si no se justifica el animus domini. Savigny toma como punto de partida la detención, que con la adjunción del animus domini se eleva al rango de posesión. Ihering, al contrario, toma como punto de partida la posesión, que por consecuencia de un obstáculo legal desciende al rango de mera detención".

Otros planteamientos.— Ninguna de las dos teorías antes mencionadas tiene vigencia en su forma pura. La de Savigny fue complementada con la llamada teoría de la causa, que modifica la concepción del animus domini "sustituyendo la idea de una voluntad individual de poseer con la idea de una voluntad legal derivada de la causa u origen de la relación posesoria; si ella es una causa que implique la existencia del animus domini, habrá posesión; si es una causa que no lo implique, habrá detención".

La teoría de Ihering recibe su primera rectificación a consecuencia de los estudios de Saleilles, en los que se plantean diversas cuestiones que no encuentran conveniente solución dentro de la teoría del sabio jurista alemán. Y las críticas continúan, provocando

afirmaciones como la de Novillo Corvalán, según la cual "la teoría sufrirá un golpe de muerte si la ley ensancha el número de las excepciones, o sea si son más los tenedores que los poseedores, porque entonces el principio de Ihering tendrá que ser invertido; o sea, que cada vez que se encuentren reunidos el corpus y el animus habrá tenencia y sólo excepcionalmente posesión".

Téngase en cuenta que Ihering jamás prescindió de la idea de una voluntad consciente como integrante de la relación posesoria, sino que esta voluntad, en lugar de ser animus domini, consiste en la voluntad de servirse de las cosas conforme a su destino natural.

Algunos códigos modernos, aunque fundados en la teoría de Ihering, han tratado, sin embargo, de sortear muchos inconvenientes señalados por los comentadores de dicha teoría. Tal es el caso del Código alemán, inspirador fecundo de varias legislaciones europeas y americanas.

"La posesión de una cosa se adquiere, dice este Código, obteniendo de hecho poder sobre la misma". Es la supresión absoluta del animus domini o elemento intencional.

Ubicado el problema posesorio al modo del Código alemán, cabe preguntar: ¿Se ha encontrado la fórmula que reúna la perfección técnica y conceptual? Al parecer no; y, como suele acontecer en el campo de las disciplinas jurídicas, no tardaron en aparecer severos críticos del sistema.

"Este poder de hecho sobre la cosa, dice un comentarista... resulta tan maleable que se extiende y acorta a voluntad, perdiendo esa fijeza que parece esencial en los fundamentos de una doctrina".

La aplicación del sistema alemán se vuelve artificiosa cuando surge una situación jurídica especial por haberse constituído en la cosa un derecho en favor de otra persona distinta que el dueño. Considérese un usufructo o un arrendamiento en los que sale la cosa del poder efectivo del dueño para pasar al del usufructuario o al del arrendatario. ¿Quién es poseedor en estas hipótesis? Debería responderse que estos últimos, que son los que ejercen poder de hecho sobre la cosa dada en usufructo o en arrendamiento. Pero como sería absurdo privar de la posesión al dueño, recurre el sistema a la idea de reconocer varios poseedores simultáneos sobre la misma cosa, que son llamados poseedores mediatos e inmediatos.

"Una primera observación que sugiere esa pluralidad de titulares, dice Corvalán, es la incongruencia de definir a la posesión co-

mo un poder de hecho sobre una cosa y darle esa denominación a los que no lo tienen, pues el propietario que entrega la cosa en usufructo o en locación pierde todo poder sobre ella mientras subsisten el derecho real o el personal constituído".

Según Ennecerus "no escapó a la penetración de los jurisconsultos la incongruencia, y fue discutida en la segunda comisión que revisó el proyecto del Código civil alemán, donde se allanó la dificultad diciendo que había en los poseedores mediatos un "señorío espiritualizado".

"Señorío espiritualizado, comenta Salvat, es un rey sin reino y un retorno al animus, porque sólo con una intención fundada en un título es posible tener lo que materialmente no se tiene".

El concepto de señorío de hecho, punto de partida de la teoría alemana de la posesión, no ha sido determinado por la ley; y, al decir de Wolf, es discutido por la doctrina. "En verdad, afirma, han fracasado todos los intentos hechos para precisar este concepto... Señorío es lo que aparece como tal ante la conciencia común".

¿Se ha librado, en realidad, el Código alemán de la repudiada idea del animus? Es poseedor en nombre propio el que posee una cosa como a él perteneciente, dice el art. 872 de este Código; sobre lo cual interroga Wolf: "¿Cuando sucede esto? Y responde: en los casos en que la adquisición de la posesión se base en la voluntad del adquirente; decide la dirección de esta voluntad. Si su voluntad se dirige a colocarse para con la cosa en la posición que corresponde al contenido de la propiedad, será poseedor en nombre propio". Y agrega: "en esto, pues, la posesión en nombre propio es idéntica a la possesio romana del que tenga animus domini".

Al parecer, el punto crítico del sistema alemán consiste precisamente en la dificultad doctrinal de precisar el concepto de señorío de hecho. "Al preguntarnos, en los casos de duda, afirma Brodmann, citado por Wolf, si se trata o no de una posesión, examinaremos siempre involuntaria y automáticamente, en primer lugar, si el dudoso estado efectivo es o no digno de la protección posesoria; pero con ello sólo se expresa lo que siempre predomina en todas las decisiones, o sea que la lógica del juez no es la del pensamiento cognoscitivo, sino la del pensamiento emotivo".

Sistema del Código ecuatoriano.— Nuestro Código adoptó, evidentemente, la teoría posesoria clásica o subjetiva, como se despren-

de de la definición constante en el art. 734: Posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño; sea que el dueño o el que da por tal tenga la cosa por sí mismo, o bien por otra persona en su lugar y a su nombre.

A pesar de la definición, en el sistema del Código no es la voluntad individual, de modo absoluto, el elemento determinante de la posesión. Nadie puede, por su solo arbitrio, cambiar la naturaleza de la relación persona—cosa.

La ineficacia de la sola voluntad se puede apreciar en relación con la detención de las cosas "extra commercium" que nunca puede llegar a ser posesión, pese al animus domini, porque lo impide el ordenamiento jurídico objetivo.

Más exacto parece afirmar que en el Código ecuatoriano se encuentra aplicada la teoría subjetiva de Savigny, moderada por la teoría de la causa o voluntad legal.

La disposición del inc. 1º del art. 764 según la cual, si el que tiene la cosa en lugar o a nombre de otro la usurpa, dándose por dueño de ella, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra; y la disposición del art. 753 que contiene normas aplicables a la conservación de la posesión, indican claramente que nadie puede cambiar por sí mismo, por su sola voluntad o ánimo, la naturaleza de la relación habida con la cosa.

Estas disposiciones, así como las que ordenan el régimen de la posesión regular, presuponen la adopción en el Código del principio "nemo sibi ipsi causam possessionis mutare potest", cuyo alcance, por general consenso, consiste en vincular la voluntad individual con la voluntad legal, evitando los inconvenientes teóricos y prácticos de una posesión exclusivamente subjetiva.

Posesión y propiedad.— La propiedad o dominio es el derecho real que una persona tiene sobre una cosa, de modo que ésta le está jurídicamente sometida.

Consiste, por lo tanto, el dominio en un poder jurídico que faculta a su titular para aprovecharse ampliamente de una cosa en orden a la satisfacción de sus necesidades.

Pero el dueño o propietario no podría ejercer las facultades que le otorga su derecho si la cosa no estuviese a su disposición; es decir, si de hecho no le estuviera sometida.

Por lo tanto, la propiedad es el derecho o poder jurídico sobre una cosa; la posesión es el poder de hecho, físico o material, sobre la misma cosa.

Para ejercer su derecho el dueño necesita poseer; y, por consiguiente, sin la posesión la propiedad no puede proporcionarle ninguna utilidad.

En el estado jurídico normal el dueño es poseedor y el poseedor es dueño. Propiedad y posesión van, casi siempre, juntas, hasta el punto de que la posesión suele considerarse como la exteriorización del dominio. El poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo. (inc. 2º del art. 734).

Sin embargo, no siempre van unidas la propiedad y la posesión. En ocasiones uno es el dueño de la cosa y otro es su poseedor. En una persona radica el poder de derecho y otra ejerce el poder de hecho sobre la misma cosa, resultando situaciones complejas que la ley considera y ordena.

Tenencia y mera tenencia.— El concepto más general de tenencia implica un contacto de la persona con la cosa. Deriva del verbo tener que, en su primera acepción, significa asir o mantener asida una cosa.

Hay circunstancias en que, en derecho, la tenencia no acarrea ninguna consecuencia. Es, en estos casos, un contacto fugaz o intrascendente de la persona con la cosa.

Si a la tenencia se le agrega un elemento intencional en virtud del cual la persona se comporta como dueña de la cosa, surge la posesión.

Por consiguiente, la tenencia, o sea, el contacto de la persona con la cosa, es uno de los elementos de la posesión.

Por sí sola la tenencia no significa nada para el derecho. Con la adición del "animus domini", deviene en posesión y produce consecuencias jurídicas de la más alta importancia.

La mera tenencia tiene, en el derecho, un significado diverso. No es, como la tenencia, un elemento de la posesión. La ciencia jurídica le reconoce propia sustantividad.

Se llama mera tenencia, dice el art. 748, la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene el derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa em-

peñada, secuestrada, o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenecen. Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno.

La mera tenencia es una institución jurídica generadora, por sí misma, de importantes consecuencias jurídicas. Proviene generalmente de un contrato y su régimen está vinculado a él.

El título sirve comúnmente para caracterizar la naturaleza jurídica de la relación persona—cosa. Hay casos, sin embargo, en que ni el título ni otra prueba adecuada permiten decidir cuál es la calidad del poder que la persona ejerce en la cosa.

En otros términos, hay circunstancias en que puede resultar difícil determinar si, en un caso, se está en presencia de una relación posesoria o de una mera tenencia. La persona en cuyo poder se encuentra la cosa, ¿la mantiene con animus domini?; o, por el contrario, ¿reconoce dominio ajeno? Intrincada cuestión es ésta para cuya solución el Código no contiene norma expresa, a diferencia de otros códigos que, siguiendo el ejemplo del de Napoleón, consignan la presunción legal de posesión favorable al que detenta la cosa en su poder.

Peñaherrera afirma que "a este respecto la jurisprudencia ha consagrado el siguiente axioma: a falta de prueba en contrario, se presume que el que ha tenido la cosa bajo su potestad, la ha tenido a nombre propio; o en otros términos: el ánimo de dueño se presume en la tenencia de las cosas". Y agrega: "El nuestro (el Código) nada dice sobre el particular; pero como a falta de ley deben considerarse como tales los principios de justicia universal, debemos regirnos por esa regla en la práctica y considerarla como una verdadera presunción legal".

Estatuto jurídico de la mera tenencia.— La mera tenencia proviene generalmente de un acto o contrato que la establece y regula. Hay situaciones en que la mera tenencia resulta de haberse constituído un derecho real en la cosa: el usufructuario, el usuario, el habitador, son meros tenedores de la cosa, si bien son poseedores de los derechos de usufructo, uso o habitación constituídos. Otras veces la mera tenencia es el resultado de una relación personal que une al tenedor con el propietario, en virtud de la cual éste pone la cosa bajo la mera tenencia de aquél, como en el arrendamiento, el comodato, etc.

Régimen jurídico de la mera tenencia.— La mera tenencia se regla por el título que la constituye. Es indeleble en el sentido de

que no puede cambiar de naturaleza jurídica. El simple lapso no muda la mera tenencia en posesión, dice el art. 750. Y el art. 753 dispone que, si se ha empezado a poseer (tener) a nombre ajeno, se presume igualmnte la continuación del mismo orden de cosas.

Efectos de la mera tenencia.— La mera tenencia produce importantes efectos jurídicos:

a) El mero tenedor de la cosa que se reinvindica está obligado a declarar el nombre y residencia de la persona a cuyo nombre la tiene (art. 960).

b) El que violentamente ha sido despojado de la mera tenencia tendrá derecho para que se restablezcan las cosas al estado en que antes se hallaban, sin que para esto necesite probar más que el despojo violento... (art. 992).

Precario.— La mera tenencia es susceptible de modalidades; se producen situaciones de mayor o menor calidad e importancia, según sus efectos jurídicos.

Como una situación inferior a la mera tenencia se encuentra el precario, en el cual el régimen de tenencia es inestable porque su permanencia y duración no están vinculadas a ningún título, sino que dependen de la permisión o mera tolerancia del dueño, quien le puede poner término por su solo arbitrio.

El comodato toma el título de precario, dice el art. 2124, si el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución de la cosa prestada, en cualquier tiempo.

Se entiende precario cuando no se presta la cosa para un servicio particular, ni se fija tiempo para su restitución. También lo constituye precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño (art. 2125).

Los efectos del precario son nulos en relación con la adquisición de derechos en la cosa, ya que la mera tolerancia de actos de que no resulta gravamen, no confiere posesión, ni da fundamento a prescripción alguna. Así, el que tolera que el ganado de su vecino transite por sus tierras eriales o paste en ellas, no por eso se impone la servidumbre de este tránsito o pasto (art. 2423).

La posesión es un hecho.— En el sistema del Código, inspirado en la doctrina de Savigny y de Pothier, de tradición romana, la pose-

sión es un hecho. Así la considera el art. 734 al decir que la posesión es la tenencia de una cosa.

El concepto legal significa que la posesión es una relación de hecho, un contacto de la persona con la cosa al que se le agrega el elemento intencional o animus para integrar la relación posesoria.

La posesión es un hecho generador de derechos. El hecho posesorio produce, para el poseedor, consecuencias jurídicas llamadas "jura possessionis", o sea, derechos derivados de la posesión.

Los derechos derivados de la posesión, llamados jura possessionis, se distinguen del "jus possidendi" o derecho a poseer, el cual corresponde exclusivamente al dueño como un atributo del derecho de propiedad.

Utilidad de la posesión.— Para el dueño de la cosa, la posesión tiene la ventaja de hacerle posible el ejercicio de su derecho.

Para el poseedor no dueño, la posesión es también de gran utilidad:

a)— Por la presunción de dominio que la ley establece a su favor en el art. 734, la cual le da una notable ventaja procesal en el juicio reinvindicatorio porque lo releva del peso de la prueba.

b)— Porque la posesión, si es de buena fe, hace al poseedor propietario de los frutos de la cosa.

c)— Porque la posesión pone al poseedor en aptitud de adquirir el dominio de la cosa misma mediante la prescripción; y,

d)— Porque la ley confiere al poseedor las acciones o interdictos con los cuales puede defender y recuperar su posesión.

Cosas que son susceptibles de posesión.— La posesión supone, esencialmente, ánimo de señor o dueño. Por lo tanto, sólo pueden ser objeto de posesión las cosas apropiables. Las que están fuera del comercio, como los bienes nacionales de uso público y las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, no entran en el campo de la relación posesoria.

Es indiferente para el efecto de la adquisición de la posesión que la cosa sea corporal o incorporal. Ambas especies están comprendidas en los términos generales de la definición contenida en el art. 734.

En el Derecho romano sólo podía haber posesión respecto de cosas corporales; aunque debe advertirse que los jurisconsultos ex-

tendieron posteriormente el alcance de la institución posesoria a las servidumbres, que son meros derechos, admitiendo que pueden ser objeto de una "quasi—possessio o possesio juris".

Nuestro Código, además de la definición comprensiva de las cosas corporales que contiene el art. 734, consigna disposiciones concordantes en materia de propiedad y de posesión; dispone que sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad (art. 619) y que la posesión de las cosas incorporales es susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión de una cosa corporal. (art. 749).

Diversas clases de posesión.— El Título VII se ocupa fundamentalmente de cuatro clases de posesión: regular, irregular (art. 736); violenta (art. 744) y clandestina (art. 747). No existen otras, por más que el Código dé a la posesión calificativos en atención a determinados caracteres peculiares o a ciertos requisitos que intervienen en su ejercicio. Así, se mencionan la posesión de buena y de mala fe, la inscrita y la material, la tranquila, la continua e ininterrumpida, la pro—indiviso, la legal, la efectiva, etc.

La nomenclatura romana de la posesión no fue acogida por el Código, como lo advierte el Mensaje: "Los términos posesión civil, posesión natural son desconocidos en el proyecto que os someto; las palabras posesión y tenencia contrastan siempre en él; la posesión es a nombre propio, la tenencia a nombre ajeno. Pero la posesión puede ser regular o irregular..."

Al considerar las diversas especies de posesión es preciso tener presente que la posesión es una entidad jurídica integrada por dos elementos que son el corpus y el animus, de tal manera que si uno de ellos falta no hay posesión. Por consiguiente, como advierte Belisario Ponce Borja, "si la posesión como tal posesión (tenencia con ánimo de dueño), es una, siempre que la ley habla de posesión se refiere necesariamente a este concepto único de posesión; como quiera que las especies comprendidas dentro de este género único, lo primero que han de ser es posesión, tenencia con ánimo de dueño, para luego ser regular o irregular, violenta o clandestina, según los casos".

Posesión regular.— Al clasificar la posesión, el Código adoptó una nomenclatura relativamente sencilla y su planteamiento es, a primera vista, claro y adecuado.

No obstante, hay en materia posesoria graves cuestiones de difícil esclarecimiento. "En materia de posesión, dice el profesor Butera, todo es controvertido. Su índole, su génesis, sus fundamentos, sus especies constituyen el tormento más grande de la historia y de la doctrina. Su tradicional dificultad se ha agravado con el hecho de que las normas del Derecho romano, germánico y austriaco, del Derecho canónico y del Derecho consuetudinario francés, penetraron en el ordenamiento jurídico moderno sin haber sido previamente bien coordinadas y fusionadas entre sí".

La clasificación civilista de la posesión en regular e irregular está orientada hacia la prescripción. A esto se debe que las dos posesiones, la regular y la irregular, sean llamadas posesiones útiles, porque las dos habilitan para prescribir. El art. 2431 dispone que para ganar la prescripción ordinaria se necesita posesión regular no interrumpida, durante el tiempo que las leyes requieren. Y, según el art. 2434, mediante la posesión irregular es posible ganar el dominio por la prescripción extraordinaria.

¿Qué es la posesión regular? La define el art. 736 en los siguientes términos: se llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión. Se puede ser, por consiguiente, poseedor regular y poseedor de mala fe, como viceversa el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular. Si el título es translativo de dominio, es también necesaria la tradición.

Puesto que el Código contiene un concepto de posesión regular elaborado a partir de sus tres elementos integrantes, que son distintos e independientes entre sí, es preciso estudiar separadamente cada uno de dichos elementos, por más que Victorio Pescio afirma que "un atento examen de la función que desempeñan la buena fe y el título, considerada la íntima conexión que se advierte entre ellos, permitiría amalgamarlos o refundirlos en uno solo".

Justo título.— La posesión implica o supone ánimo de dueño, y es la exteriorización del dominio, por lo menos de modo general. Por consiguiente, la posesión debe adquirirse como se adquiere el dominio.

Ahora bien, la adquisición derivativa del dominio es una operación compleja que requiere de un título o causa remota y de un modo o causa inmediata. La adquisición de la posesión regular requiere, por lo tanto, de estos mismos requisitos.

El Código no define el justo título, y en doctrina se dan conceptos no siempre coincidentes.

Según Peñaherrera, la justicia del título depende de su aptitud natural para conferir dominio, aunque no lo confiera en determinado caso concreto. Se llama justo título, dice, "el que es apto por su naturaleza para conferir dominio al adquirente, aun cuando en realidad de verdad no lo confiera. La compraventa, por ejemplo, es justo título, por cuanto es un medio natural y apropiado para la transmisión del dominio: pero si el vendedor no es dueño, no surtirá el efecto de conferir el dominio al comprador porque nemo dare potest quod non habet".

En cambio Chaux considera que "la justicia o injusticia de que la ley se preocupa al estudiar los títulos translativos en relación con la posesión, son cualidades de forma y solemnidad y no condiciones intrínsecas sustantivas".

En nuestra opinión, según el sistema del Código la justicia de los títulos posesorios lleva consigo las dos cuestiones de idoneidad y de eficacia. Así, por ejemplo, la compraventa, aunque por sí misma sea capaz para conferir dominio, no será justo título de posesión cuando adolezca de nulidad, de acuerdo a lo que dispone el art. 738. Viceversa el comodato, aunque no tenga vicios de forma y solemnidad, no será justo título de posesión puesto que carece por sí mismo de aptitud para conferir dominio debido a que es título de mera tenencia.

Por consiguiente, se llama justo título de posesión el que, según el ordenamiento jurídico, es apto para producir el efecto de conferir dominio. Esta virtualidad exige dos requisitos: idoneidad intrínseca y calidad formal.

No es preciso que el título, para ser justo, emane del verdadero dueño. A esto se debe que la venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo, —art. 1781.

Por supuesto, cuando el vendedor—tradente no es verdadero dueño de la cosa, el comprador—adquirente no puede adquirir el dominio de la misma; pero la tradición realizada da al adquirente la posesión y, por consiguiente, el derecho de ganar por prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho.

Clases de títulos justos.— El art. 737, ubicado en el título de la posesión, clasifica el justo título en constitutivo y translativo de dominio.

Se advierte que el Código, al clasificar los títulos justos, hace referencia a la adquisición del dominio, junto con el cual se adquiere también la posesión.

Si se tratase exclusivamente de la adquisición de la posesión resultaría discordante hablar de títulos translativos, ya que en el sistema del Código la posesión es un hecho y, por lo tanto, no puede transferirse. Lo que se traslada de un patrimonio a otro es el derecho, pero no el hecho, de tal manera que la posesión del sucesor comienza en él, ora suceda a título universal o singular (art. 751).

Por consiguiente, en estricto sentido jurídico, en relación con la adquisición de la posesión, todos los títulos son constitutivos.

Títulos constitutivos.— "Los títulos constitutivos de dominio, dice Peñaherrera, constituyen el dominio, lo crean en una persona, sin derivarlo de otra ni establecer vínculos de antelación o causalidad".

En la adquisición originaria, el título se confunde con el modo. Por eso el art. 622 dice que la ocupación, la accesión y la prescripción son modos de adquirir el dominio, y el art. 737 llama títulos constitutivos de dominio a estas mismas instituciones jurídicas.

Hay que advertir, sin embargo, en relación con la posesión, que la prescripción presupone la posesión; ésta precede a aquella; es su antecedente propio. Para prescribir es necesario previamente poseer. Se gana por prescripción, dice el art. 2422, el dominio de los bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano, y se han poseído con las condiciones legales. Se ganan de la misma manera los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados.

Títulos translativos.— Son translativos de dominio los que, por su naturaleza, sirven para transferirlo, como la venta, la permuta, la donación entre vivos. (art. 737).

En la adquisición derivativa el título y el modo están diferenciados. El modo es la tradición y el título es su antecedente que consiste en todo acto o contrato apto para transferir el dominio.

Títulos translaticios son, según Pothier, todos los contratos por los cuales se contrae la obligación de dar la cosa que constituye el objeto del contrato. No lo son aquellos en que se confiere sola-

mente el uso o el goce de la cosa. Es decir, son títulos translativos los aptos o idóneos para trasladar el dominio y no aquellos que importan reconocimiento de dominio ajeno.

A modo de ejemplo el Código menciona algunos títulos translaticios, como la venta, la permuta, la donación entre vivos. Pueden mencionarse otros: las transacciones, en cuanto transfieren la propiedad de un objeto no disputado (art. 737); la prestación de lo que se debe; los aportes en propiedad al fondo social; los aportes de bienes al matrimonio, según los diversos casos a que se refiere el art. 157; el precio de la renta vitalicia que se paga en dinero o en cosas raíces o muebles (art. 2199), etc.

En el art. 737 se mencionan solamente ciertos casos de adquisiciones originadas en actos o contratos celebrados entre vivos. Pero ha de tenerse en cuenta que la sucesión por causa de muerte es también modo de adquirir el dominio (art. 622), y es título de posesión, como lo afirma el art. 723 al decir que en el momento de deferirse la herencia, la posesión de ella se confiere por el ministerio de la ley al heredero. También le reconoce este carácter el art. 756, según el cual la posesión de la herencia se adquiere desde el momento en que es deferida, aunque el heredero lo ignore.

¿Qué clase de título es la sucesión por causa de muerte? No es constitutivo porque el dominio del heredero se deriva del dominio del causante. No es tampoco translativo porque, en la terminología técnica jurídica, este nombre se aplica solamente en los casos de adquisiciones causadas por actos o contratos realizados entre vivos. Suele decirse, por eso, que la sucesión por causa de muerte es título derivativo, puesto que la doctrina considera, según afirma Vodanovic, que esta denominación expresa "en forma amplia, una transferencia de propiedad entre vivos o una transmisión por causa de muerte".

Títulos declarativos.— La doctrina jurídica es uniforme al asignar la calidad de meramente declarativos a aquellos títulos que no modifican ni crean derechos, sino que simplemente reconocen o confirman situaciones jurídicas preexistentes.

Examinemos algunos casos: Las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición son títulos declarativos y no translativos si se considera que, según el art. 1387, cada asignatario se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todos los efectos que le hubieren cabido, y no

haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión; y que, en igual sentido, el art. 752 dispone que cada uno de los partícipes de una cosa que se poseía pro—indiviso se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo de la indivisión.

Lo que el heredero recibió del difunto y durante la indivisión estuvo confundido en la masa de bienes sucesorios, se singulariza y concreta con la partición. Lo mismo ocurre en todos los casos en que se pone término a otros estados de indivisión originados en actos o contratos entre vivos. Por lo tanto, las divisiones y particiones no son actos o títulos translativos, sino tan sólo declarativos o determinativos del dominio adquirido previamente.

"La inscripción en la adjudicación de inmuebles, dice la Corte Suprema de Santiago, no desempeña el papel de tradición, pues en ninguno de los comuneros puede individualizarse la calidad de adquirente ni de tradente, y la tradición aparece efectuada al adquirir los comuneros la cosa común.

"La inscripción tiene sólo por objeto procurar la continuidad en el Registro y para alcanzar el propósito, según el Mensaje, de poner la propiedad territorial de la República a la vista de todos, en un cuadro que represente así, instantáneamente, sus mutaciones, cargas y divisiones sucesivas".

Se observa que el Código no dice que las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición son títulos translaticios, sino que dice tan sólo que pertenecen a la clase de éstos.

A juicio de Claro Solar, esto se debe a que "los actos de partición producen, entre los comuneros, algunos efectos análogos a los que producen los títulos translaticios de dominio". Por ejemplo, según el art. 1388, el partícipe que sea molestado en la posesión del objeto que le cupo en la partición, o que haya sufrido evicción de él, lo denunciará a los otros partícipes para que concurran a hacer cesar la molestia; y tendrá derecho para que le saneen la evicción; disposición concordante con las de los arts. 1791 y 1804 que establecen, entre las obligaciones del vendedor, la del saneamiento de la cosa vendida.

Además, el art. 1391 dispone que las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos. La rescisión por causa de lesión se concede al que ha sido

perjudicado en más de la mitad de su cuota. Y, por último, las particiones judiciales pueden anularse o rescindirse como los contratos siempre que, previamente, por motivos legales, se anulen las sentencias pronunciadas en ellas.

Sentencias judiciales.— Son también títulos declarativos. El juez no puede, de modo general, conferir ni quitar derechos. Solamente define o declara situaciones preexistentes que hace respetar en virtud de la potestad pública de que se halla investido. Las sentencias judiciales sobre derechos litigiosos, dice el inc. 5º del art. 737, no forman nuevo título para legitimar la posesión.

"No se opone a esto, explica Peñaherrera, la regla según la cual, siempre que por una sentencia ejecutoriada se reconociere como adquirido por prescripción el dominio o cualquier otro de los derechos mencionados en los arts. 721 y siguientes, servirá de título esta sentencia, y se inscribirá en el respectivo Registro o Registros. Pues en este caso toma la palabra título en el sentido de instrumento destinado para la comprobación de un derecho. Cuando se declara adquirido el dominio por prescripción, el título del dominio es la prescripción misma entendiéndose por título la causa o el fundamento del derecho..."

Las transacciones.— Las transacciones desempeñan el mismo papel que las sentencias; son títulos declarativos, salvo cuando las partes se hagan concesiones que impliquen transferencias de derechos ajenos a la transacción misma, pues entonces las transacciones serán títulos translaticios.

Las transacciones, dice el último inc. del art. 737, en cuanto se limitan a reconocer o declarar derechos preexistentes, no forman nuevo título; pero, en cuanto transfieren la propiedad de un objeto no disputado, constituyen un título nuevo.

Títulos injustos.— Sin definirlos, el art. 738 contiene una enumeración de los títulos injustos, la cual, a juicio de Peñaherrera, es innecesaria porque "conocido lo que es o en lo que consiste el justo título, sábese por el mismo hecho cuál título no es justo, sin necesidad de que la ley lo exprese".

Para que el título sea justo se requiere que no adolezca de ningún vicio o defecto y que sea válido respecto de la persona a quien

se confiere. Por consiguiente puede decirse, de modo general, que los títulos que no tengan todas o alguna de estas condiciones, serán injustos y no conferirán posesión.

La calidad de injustos que la ley atribuye a los títulos de posesión se relaciona solamente con aspectos de forma y solemnidad de los mismos títulos; pues éstos, intrínsecamente considerados, son translaticios como los justos.

Consideremos los diferentes títulos injustos mencionados en el art. 738:

1º— Título falsificado.— La doctrina jurídica considera diversas clases de falsificación. Todas pueden, sin embargo, encerrarse en las dos grandes categorías denominadas falsedad material y falsedad ideológica o intelectual.

La falsedad material consiste en la alteración, parcial o total, de los elementos materiales de un documento. Dentro de esta categoría la doctrina considera la contrefacción, la alteración, la supresión y la simulación.

La falsedad ideológica o intelectual se relaciona con el contenido del documento en el que se consignan conceptos, ideas o datos que no son verdaderos. "Es la documentación de la mentira".

En el art. 339 del Código Penal se consignan varios casos de falsificaciones de documentos, producidas, ya por firmas falsas, por alteración o imitación de letras o firmas, por haber inventado convenciones, obligaciones o descargos, o por haberlos insertado fuera de tiempo en los documentos, y por adición o alteración de las cláusulas, declaraciones o hechos que esos documentos tenían por objeto recibir o comprobar.

El Código Civil restringe notablemente el alcance del concepto de falsificación y, en el inc. 1º del art. 738, dice que es falsificado el título no otorgado realmente por la persona que aparece como otorgante. Es la simulación, especie de falsedad material en que se crea "ex novo" un documento, de tal manera que se produce falta o ausencia de autenticidad.

2º— Es también título injusto el conferido por una persona como mandatario o representante legal de otro, sin serlo.

Es de advertir que el título es injusto no sólo cuando falta el mandato o la representación, sino también cuando el mandatario o el

representante obran fuera de los límites de su mandato o representación.

3º— El título nulo es también injusto, ya adolezca de nulidad absoluta, ya de nulidad relativa.

Según el art. 738, no es justo título el que adolece de un vicio de nulidad como la enajenación que, debiendo ser autorizada por un representante legal o por el juez, no lo ha sido.

Sin embargo, tratándose de la nulidad relativa, la única que admite validación, la validación del título que en su principio fue nulo, efectuada por la ratificación o por otro medio legal, se retrotrae a la fecha en que fue conferido el título (art. 739).

Peñaherrera ilustra esta disposición con el ejemplo siguiente: "Si un menor de edad vende una cosa suya a otra persona que ignora esa incapacidad y no tiene motivos para conocerla, el comprador adquiere la posesión de buena fe, mas no la posesión regular, por cuanto el título adolece de nulidad. Mas, si el vendedor sale de la menor edad y deja pasar cuatro años sin entablar la acción, el vicio queda saneado por el lapso de tiempo, y el comprador se reputa haber tenido siempre la posesión regular".

4º— El último caso de título injusto contenido en la enumeración del art. 738, es el llamado título putativo, que equivale a título aparente, irreal, cuya existencia equivocadamente se supone.

El putativo no es título nulo, sino inexistente, como el del heredero aparente que no es en realidad heredero, el del legatario cuyo legado ha sido revocado por acto testamentario posterior, etc. (inc. 4º del art. 738).

Un testamento que ha sido revocado no debe surtir efecto alguno porque no existe en derecho. Sin embargo el Código dispone, probablemente como un especial privilegio de la buena fe, que al heredero putativo a quien por disposición judicial se haya dado la posesión efectiva, servirá aquella de justo título, como al legatario putativo el correspondiente acto testamentario que haya sido judicialmente reconocido (último inc. del art. 738).

Peñaherrera advierte que "no es muy claro el concepto que el legislador ha tenido de este reconocimiento; pues no nos dice en qué consiste ni en qué forma debe practicarse; pero es natural suponer que habrá de entenderse por tal el hecho de haber sido el testamento presentado en juicio y tomado en cuenta en este concepto, aunque no haya llegado a expedirse una sentencia que así lo declare".

La buena fe.— La buena fe es otro de los elementos de la posesión regular.

Es elemento inicial porque, de conformidad con lo que dispone el art. 736, se llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión. Se puede ser, por consiguiente, poseedor regular y poseedor de mala fe, como viceversa, el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular.

¿Qué es la buena fe? Está definida en el art. 740 del modo siguiente: La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de cualquier otro vicio.

Es la creencia o persuasión no arbitraria, sino fundada que, al decir de Sánchez Román, "se forma con un estado intelectual previo, racional, verosímil y eficaz según el derecho".

Así, en los títulos translativos de dominio la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla, y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato (art. 740).

La buena fe es inherente a la persona y su existencia constituye una presunción "juris tantum", establecida por la ley. La buena fe se presume, dice el art. 741, excepto en los casos en que la ley establece la presunsión contraria. En todos los demás la mala fe deberá probarse.

El error y la buena fe.— Si una persona cree que es dueña de la cosa que posee, puede ocurrir que esta persuasión subjetiva esté conforme con la realidad objetiva. Puede acontecer también lo contrario, es decir, disconformidad entre la persuasión del sujeto y la realidad objetiva. En este caso hay una creencia errónea.

¿Cabe en este supuesto la buena fe?.— Para responder a esta cuestión es preciso distinguir, como lo hace la ley, si el error en que incurre el sujeto es de hecho o de derecho.

Error de hecho.— El justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe (inc. 3º del art. 740). O sea, la ley admite la buena fe aunque exista error en materia de hecho, a condición de que sea justo, es decir, razonable, según los principios de la sana crítica. Pero si el error de hecho es craso o infundado, es incompatible con la buena fe.

Error de derecho.— Pero el error en materia de derecho, constituye una presunsión de mala fe, que no admite prueba en contrario (art. 740).

Esta disposición relativa al error de derecho concuerda: con el art. 6, según el cual se entenderá que la ley es conocida de todos y será obligatoria desde su promulgación; con el art. 13, el mismo que dispone que la ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros y su ignorancia no excusa a persona alguna; y con el art. 1495, el cual establece que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento.

El rigor de este sistema se atenúa cuando, tratándose del pago de lo no debido, dispone el art. 2224 que se podrá repetir aun lo que se ha pagado por error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni aun una obligación puramente natural.

El sistema del Código, según el cual el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario es vigorosamente discutido en la doctrina jurídica. Se lo admite en materia de leyes de orden público pero en el campo civil se le atribuyen graves consecuencias.

Don Luis Montón y Ocampo afirma que la doctrina tradicional del Código, "no por legal, menos discutible, llevada a la exageración y aplicada sin distinción de casos, produciría perturbaciones gravísimas y trastornos inevitables, resultado lógico de la severidad y rigidez con que trata de implantarse". Por lo demás, según Sánchez Román, "una cosa es ignorar las leyes y otra muy distinta ignorar las soluciones legales a que su aplicación dé lugar; y un caso de aplicación, y por cierto, generalmente, de índole complicada, es el de determinar cualquiera solución de invalidación de un acto jurídico, siendo cosa que exige un perfecto conocimiento de todos los elementos y funciones de la técnica jurídica".

Peñaherrera hace notar que "la severidad del sistema del Código tocante al error en materia de derecho resulta más grave si se considera que la ignorancia en un punto de derecho no puede referirse solamente a leyes expresas sino a los principios generales que deben aplicarse en los casos en que las leyes expresas resultan insuficientes u oscuras. Recuérdese que los pasajes oscuros o contradictorios de una ley se interpretarán del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural; y que, a falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos;

y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal. (incisos 6º y 7º del art. 18").

De todos modos, la presunción de mala fe que establece el art. 740 sólo es aplicable en materia posesoria, pues, como advierte Vodanovic, "si esta disposición se hiciera extensiva, por ejemplo, a los contratos, resultaría el absurdo jurídico de que por el solo hecho de declarar la ilegalidad de ellos, se declararía también la mala fe de las partes, y por tratarse de una presunción de derecho no les sería permitido probar lo contrario".

Tradición.— Si el título es translativo de dominio, para que la posesión sea regular, se requiere tradición, de conformidad con lo que dispone el art. 736.

Según este artículo, la posesión de una cosa a ciencia y paciencia del que se obligó a entregarla, hará presumir la tradición; a menos que ésta haya debido efectuarse por la inscripción del título.

Obviamente, si el título de la adquisición es constitutivo no hace falta la tradición porque el adquirente toma por sí mismo posesión de la cosa. Pero si el título es translativo, como la cosa que se adquiere está en poder del tradente, éste debe entregarla al adquirente para que la cosa quede bajo su poder, es decir, para que el adquirente tome posesión de ella.

Cuando el título de la adquisición es translativo, sin tradición no puede haber posesión de la cosa, ni regular ni irregular, pues en este caso sólo la tradición hace posible que la cosa pase del poder del tradente al del adquirente; de donde resulta que, si el título es translaticio de dominio, la tradición constituye requisito necesario no sólo de la posesión regular, sino también de la irregular.

Posesión irregular.— Un solo artículo contiene el Código sobre la posesión irregular. Es el 742, según el cual posesión irregular es la que carece de uno o más de los requisitos señalados en el art. 736.

Teniendo presente lo que queda dicho sobre la tradición como elemento de la posesión, no hacen falta otras consideraciones acerca de los demás requisitos señalados en el art. 736, que son el justo título y la buena fe inicial.

Posesiones viciosas.— Las posesiones viciosas forman una categoría distinta. Se caracterizan porque están afectadas por el vicio de la violencia o el de la clandestinidad.

El Código Alemán adoptó un sistema más amplio en la consideración de las posesiones viciosas. Para este Código, cualquier hecho ilícito empleado en la adquisición de la posesión constituye un vicio de ésta.

Para el Código ecuatoriano solamente son vicios de la posesión, la violencia y la clandestinidad (art. 743).

Posesión violenta.— Según el art. 744, posesión violenta es la que se adquiere por la fuerza. La fuerza puede ser actual o inminente.

Hay que advertir que la fuerza o la amenaza empleadas para adquirir la posesión han de ser de relativa consideración, conforme al concepto jurídico contenido en el art. 1499; es decir, deben ser capaces de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona justo temor de verse expuestos ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave.— La fuerza se dirige contra las personas.

El art. 746 agrega que hay violencia, sea que se haya empleado contra el verdadero dueño de la cosa, o contra el que la poseía sin serlo, o contra el que la tenía en lugar o a nombre de otro. Lo mismo es que la violencia se ejecute por una persona o por sus agentes, y que se ejecute con su consentimiento, o que después de ejecutada se ratifique expresa o tácitamente.

Para establecer si una posesión es violenta hay que atender al momento de la adquisición. Si en ese momento se empleó la fuerza, la posesión sería violenta aunque el que se apoderó de la cosa ejerciera posteriormente de modo tranquilo su posesión.

Este principio sufre modificación en el caso en que una persona se apodera pacíficamente de una cosa y toma posesión de ella, pero volviendo el dueño lo repele por la fuerza; en tal caso, su posesión sería violenta aunque inicialmente no hubiese empleado la fuerza. El que, en ausencia del dueño, se apodera de la cosa, dice el art. 745, y volviendo el dueño le repele, es también poseedor violento.

¿Son conceptos jurídicos opuestos y excluyentes, en el sistema del Código, la posesión violenta y la posesión tranquila?

La respuesta es negativa porque el art. 744, al decir que posesión violenta es la que se adquiere por la fuerza, deja claramente es-

tablecido que la fuerza, como vicio de posesión, es elemento inicial que está presente en el momento en que se adquiere la posesión.

Sin embargo, no hay inconveniente para que una posesión así adquirida se ejerza posteriormente sin contradicción, pacíficamente. Pero como la posesión ejercida de este modo, es decir, pacíficamente, tiene el vicio inicial de la violencia, seguirá siendo posesión violenta a pesar de la tranquilidad de su ejercicio.

La violencia es, pues, un vicio indeleble. El poseedor violento podría cambiar la calidad violenta de su posesión solamente restituyendo la cosa y adquiriéndola nuevamente por medios pacíficos. Esta es la consecuencia del carácter inicial del vicio de la violencia.

Para determinados efectos, el Código considera en algunas disposiciones la presencia o ausencia de la violencia, no en el momento en que se adquiere la posesión, sino durante su ejercicio. El art. 982, por ejemplo, dispone que no podrá proponer acción posesoria sino el que ha estado en posesión tranquila y no interrumpida un año completo. Y el art. 2434, al consignar las condiciones que se requieren para ganar el dominio de las cosas por la prescripción extraordinaria dice... 4º Pero la existencia de un título de mera tenencia hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias... 2º Que quien alega la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo.

De lo expuesto se deduce: a)— que la posesión adquirida mediante el uso de la fuerza es posesión violenta aunque se la ejerza pacíficamente; b)— que la posesión adquirida pacíficamente no es violenta aunque se la ejerza empleando recursos de fuerza o violencia; c)— que el poseedor violento, o sea, el que adquirió la posesión por la fuerza, puede proponer acciones posesorias y ganar el dominio de la cosa por prescripción extraordinaria con tal que haya ejercido la posesión tranquilamente durante el tiempo que las leyes señalan.

La fuerza empleada en la adquisición de la posesión es la que da a ésta el carácter de violenta, de acuerdo al sentido del art. 744. Igual carácter tiene la posesión que ha sido recobrada por la fuerza, aunque la posesión anterior no haya sido violenta. Esto se debe a que la posesión actual no es continuación de la anterior; pues, según el art. 765, sólo el que recupera legalmente la posesión perdida, se entenderá haberla tenido durante todo el tiempo intermedio.

Posesión clandestina.— El art. 747 dice que posesión clandestina es la que se ejerce ocultándola a los que tienen derecho para oponerse a ella.

Fácilmente se advierte que el legislador adoptó, respecto de la clandestinidad, un sistema diverso del establecido en relación con el vicio de la violencia.

Según el Código, la violencia es un vicio inicial que afecta a la posesión desde su origen. Este sistema es de inspiración romana.

La clandestinidad, en cambio, se refiere al modo como se ejerce la posesión, sin que importe saber si existió o no tal vicio en el momento de la adquisición. Este sistema es de origen francés.

El vicio de la clandestinidad existe cuando se ejerce la posesión ocultándola a los que tienen derecho para oponerse a ella. Podría suceder, según esto, que una posesión fuese ejercida públicamente ante determinadas personas que nada tengan que reclamar contra ella y ser, sin embargo, clandestina debido a que el poseedor la oculta a quien puede oponerse a dicha posesión.

La consideración de que sólo la persona perjudicada con el ejercicio de una posesión puede reclamar contra ella, ha llevado a varios tratadistas a concluir que el vicio de la clandestinidad, lo mismo que el de la violencia, es un vicio relativo. A juicio de Laurent "para que la posesión pueda y deba ser consolidada por la prescripción, es necesario que ella sea la expresión de un derecho; y el poseedor que se oculta de quien cree que puede reclamarle, atestigua por sí mismo que no tiene derecho alguno".

La clandestinidad se distingue de la violencia en que ésta es indeleble porque procede de un solo acto que afecta a la posesión desde su nacimiento, en tanto que aquella es temporal puesto que por referirse al ejercicio de la posesión, puede desaparecer en el momento en que deje de ocultarse ante quien tenga derecho para oponerse a ella.

La posesión no se transfiere ni se transmite.— El Código ecuatoriano adoptó el principio según el cual la posesión es un hecho. Posesión, dice el art. 734, es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño. Ahora bien, la tenencia, elemento constitutivo de la posesión, es un hecho.

Este principio está corroborado por el art. 751, según el cual la posesión del sucesor comienza en él, ora suceda a título universal o singular.

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA U
BIBLIOTECA

De esto se deduce que la posesión no se transfiere ni se transmite. Además, en armonía con este principio, el art. 723 establece que en el momento de deferirse la herencia la posesión de ella se confiere por el ministerio de la ley al heredero; y el art. 756 dispone que la posesión de la herencia se adquiere desde el momento en que es deferida.

Agregación de posesiones.— Como la posesión no pasa de una persona a otra, el legislador ideó el sistema de la agregación de posesiones con el propósito de favorecer la institución posesoria; así permite al poseedor completar fácilmente el tiempo requerido para que surtan efecto determinadas prerrogativas que se derivan de la misma posesión, sobre todo en relación con el ejercicio de las acciones posesorias y con la prescripción.

La agregación o accesión de posesiones está establecida en el art. 751 el cual, después de decir que la posesión del sucesor comienza en él, ora suceda a título universal o singular, agrega: a menos que quiera añadir la de su antecesor a la suya; pero en tal caso, se la apropia con sus calidades y vicios. Podrá agregarse, en los mismos términos, a la posesión propia la de una serie no interrumpida de antecesores.

La expresión adverbial "a menos", usada en el art. 751, es impropia porque da a entender que la agregación de posesiones constituye una excepción del principio de que la posesión del sucesor comienza en él. Sin embargo, es claro que la agregación de posesiones, que es facultativa, más bien confirma dicho principio puesto que si la posesión se transfiriese o transmitiese, sería imposible que el sucesor agregase a la suya la posesión anterior de la cual sería continuación.

La agregación de posesiones puede realizarse facultativamente teniendo en cuenta que las posesiones se agregan con sus calidades y vicios.

Las posesiones que se agregan deben ser sucesivas. Si se agrega una sola posesión, ésta no debe ser otra que la del poseedor inmediato anterior. Si se agregan varias, se debe mantener ininterrumpidamente la serie de manera que no se produzca solución de continuidad. Así se desprende del art. 751 ya citado, y del art. 2424, según el cual, si una cosa ha sido poseída sucesivamente y sin interrupción por dos o más personas, el tiempo del antecesor puede o no agregarse al tiempo del sucesor, según lo dispuesto en el art. 751.

La agregación de posesiones, en los casos de coposesión, es factible; pero hay que advertir que cada uno de los partícipes de una cosa que se poseía proindiviso se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo de la indivisión. Podrá, pues, añadir este tiempo al de su posesión exclusiva (art. 752).

Presunciones que se admiten en materia posesoria: Son las siguientes:

a.— **Presunción de posesión.—** Hay que recordar lo que se dijo más arriba acerca de la dificultad práctica que existe para decidir, en ciertos casos, cuál es la naturaleza jurídica del poder que la persona ejerce en la cosa. En otros términos, en ocasiones resulta difícil saber si el que tiene la cosa en su poder es poseedor de ella, o si por el contrario es mero tenedor.

En realidad no existe a este respecto disposición expresa en el Código. Pero aplicando los principios generales del Derecho, se puede concluir que en la relación persona—cosa, no habiendo constancia cierta de su naturaleza jurídica, debe presumirse el ánimo de dueño.

Por consiguiente, en toda relación persona—cosa, al no probarse lo contrario, se dirá que la persona posee la cosa, es decir, que la tiene en su poder con ánimo de señor o dueño.

b.— **Presunción de dominio.—** El art. 734, cuando dice que el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifica serlo, establece la presunción de dominio.

Esta presunción constituye una de las mayores ventajas que la ley otorga al poseedor, en quien ve un propietario aparente, porque lo coloca en situación de privilegio, especialmente en relación con el juicio reinvindicatorio. Esta presunción exonera al poseedor del peso de la prueba.

Aplicando tal presunción de dominio, la jurisprudencia ha resuelto que al reinvindicador incumbe producir la prueba de propiedad ya que el demandado, en su calidad de actual poseedor, nada tiene que probar; basta esa actual posesión para que se le repute dueño mientras no pruebe lo contrario el contendor que disputa dicha posesión y trata de arrancarla de su poder mediante la acción reinvindicatoria.

c.— **Presunción de buena fe.—** La buena fe en la posesión produce importantes efectos, especialmente en relación con la adquisición de los frutos .

Es difícil establecer la existencia de la buena fe, por tratarse de un elemento meramente subjetivo que consiste en la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de cualquier otro vicio.

"Importantísimo es saber a cual de las partes le incumbe la prueba en esta materia". Y, a este respecto, es el art. 741 el que contiene la norma que gobierna tan importante cuestión. Según este artículo, la buena fe se presume excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los demás la mala fe deberá probarse.

"Las presunciones se fundan, como explica Peñaherrera, en lo que es más conforme con la naturaleza de las cosas; y evidentemente es más conforme con la naturaleza humana la buena fe... Racional es, por tanto, presumir la conformidad de los actos humanos con el orden, mientras no conste lo contrario. Nihil malum praesumitur malum donec probetur".

d.— **Presunción de mala fe.—** El error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario —art. 740.

En esta materia nos remitimos a lo dicho antes a propósito del error de derecho.

e.— **Presunción de continuidad de la posesión.—** En la práctica jurídica pueden surgir dudas y dificultades que la ley trata de allanar y resolver.

Así, en materia posesoria puede ocurrir que conste con precisión el punto de partida de una relación posesoria, pero que no se sepa con claridad si dicha relación posesoria fue prolongada en el tiempo.

En esta hipótesis la ley acude en ayuda del poseedor al establecer que si se ha empezado a poseer a nombre propio, se presume que esta posesión ha continuado hasta el momento en que se la alega. (art. 753). Y por consiguiente, si alguien pretende que hubo cambio en la relación persona—cosa, deberá probar la modificación de dicha situación jurídica.

f.— **Presunción de continuidad de la mera tenencia.**— Asimismo puede ocurrir que, establecido el estado original de mera tenencia, surja duda sobre la naturaleza jurídica del estado subsiguiente. Al efecto, el mismo art. 753 dispone que si se ha empezado a poseer a nombre ajeno se presume igualmente la continuación del mismo orden de cosas.

Debe advertirse con respecto a la redacción de este inciso, que hay impropiedad en la expresión "poseer a nombre ajeno", porque en el sistema del Código la posesión es a nombre propio y la mera tenencia es a nombre ajeno.

g.— **Presunción relativa al tiempo intermedio.**— El último inciso del ya citado art. 753 dice que si alguno prueba haber poseído anteriormente y posee actualmente, se presume la posesión en el tiempo intermedio.

Esta regla tiene aplicación cuando se trata de establecer la existencia del estado posesorio en el tiempo intermedio comprendido entre dos momentos extremos de una misma posesión.

Pero, a juicio de Peñaherrera, "esta regla tiene también que aplicarse al tiempo intermedio entre dos posesiones comprobadas. Ha sido, por ejemplo, despojado un individuo, y para probar que poseyó la cosa por más de un año hasta el día del despojo, presenta testimonios que justifican que el día del despojo estuvo poseyendo, y que poseyó también un año antes. Si, pues, no hay ninguna prueba en contrario, la disposición legal de que tratamos y los principios jurídicos en que ella se funda, nos obligarían a dar por probada la posesión continua de todo el año".

La interversión de la posesión.— Con la palabra francesa "interversión" estudian los civilistas el caso en que el mero tenedor se convierte en poseedor, y también el caso contrario de la transformación de poseedor en mero tenedor. El equivalente castellano de "interversión" es inversión, alteración.

Como advierte Pescio, "en ambos tipos de interversión subsiste inalterable el elemento físico o material de la posesión: la tenencia de la cosa; pero varía el elemento psíquico o intelectual: a) en el primer tipo de interversión el poseedor continúa reteniendo la cosa en su poder; mas, a partir de un momento dado, la retiene reconociendo dominio ajeno; b) en el segundo tipo de interversión, el mero

tenedor que tiene la cosa nomine alieno, reconociendo dominio ajeno, cambia de disposición de ánimo y, en lo sucesivo, la retiene con ánimo de señor: el nomine alieno ha sido substituído por el animus domini".

Antecedente histórico.— Los romanos adoptaron la máxima "nemo sibi causam possessiones mutare potest", cuyo significado consiste en que nadie puede cambiar por sí mismo, ni por el transcurso del tiempo, la causa de su posesión.

Según enseña Savigny, mediante este principio los romanos impidieron las exageradas consecuencias legales de la "usucapio pro herede lucrativa" y de la "usureceptio".

Otros autores consideran que la máxima romana no tuvo aplicación restrictiva a los dos casos mencionados, sino que su alcance fue más general y se aplicó a todas las situaciones en que se había comenzado a tener o a poseer por un título determinado. "El tenedor o poseedor no podía, por un acto de propia voluntad desprovisto de manifestación exterior, cambiar el título de su posesión".

Para Ihering, el alcance o significado del principio "nemo sibi..." es más profundo y sirve para vincular, desde su origen, el poder que la persona ejerce en la cosa con la causa que lo produce. Habrá mera tenencia o posesión, según sea la causa que la origine, "con prescindencia absoluta de la voluntad individual del adquirente, impotente para modificar por sí sola los efectos de aquella".

La máxima romana se introdujo en la legislación francesa y fue aplicada con notable severidad por considerarla una garantía firme del derecho de propiedad.

La interversión en el Código Civil ecuatoriano:

a.— **El poseedor se convierte en mero tenedor.—** Se puede producir este cambio en virtud de un contrato mediante el cual el dueño se constituye usufructuario, comodatario, arrendatario, etc., de la cosa. Es la llamada cláusula "de constituto", que cambia la naturaleza del poder que la persona ejerce en la cosa.

b.— **Cambio de la tenencia en posesión.—** La máxima romana "nemo sibi causam possessiones mutare potest" fue adoptada por nuestro Código Civil como principio general.

El simple lapso no muda la mera tenencia en posesión, es la regla del art. 750 a la que se le agrega la del art. 764 según la cual, si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de otro la usurpa dándose por dueño de ella, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra. Además, el art. 753 establece que se presume la continuación del estado de mera tenencia.

"Si un arrendatario, por ejemplo, dice Peñaherrera, creyéndose dueño de la cosa arrendada o dándose maliciosamente de tal, desconoce el dominio del arrendador, y protesta contra él, y no le paga la pensión y sigue gozando de la cosa como dueño; ni todos estos hechos ni el silencio del arrendador son suficientes para cambiar la tenencia en posesión; pues sobre todos ellos prevalece el título que dio principio a esa tenencia, el cual le confiere a ésta su significación legal y su carácter jurídico".

La mera tenencia es indeleble y perpetua, y no puede cambiarse en posesión ni por el simple lapso ni por la sola voluntad unilateral del mero tenedor.

¿Tienen excepciones estos principios? —Creemos que la regla contenida en el art. 750 es absoluta: el simple lapso no muda la mera tenencia en posesión. Al agregar el mismo art. 750: salvo el caso del art. 2434, regla 4ª, no establece excepción de tal principio, pues la regla 4ª del art. 2434 dispone que la existencia de un título de mera tenencia hará presumir mala fe y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias: 1ª) que quien se pretende dueño no pueda probar que en los últimos quince años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por quien alega la prescripción; 2ª) que quien alega la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo.

Supuestas las circunstancias de la regla 4ª del art. 2434, la tenencia se troca en posesión, y precisamente por haber ocurrido este cambio se hace posible la prescripción. Pero este efecto jurídico no es el resultado del simple lapso, sino del concurso de aquellas dos circunstancias añadidas al transcurso del tiempo determinado por la ley. Si no obrasen concomitantemente otros elementos, el simple lapso jamás produciría la transformación de la tenencia en posesión.

La regla 4ª del art. 2434 no es excepción de la norma contenida en el art. 750, sino una disposición distinta e independiente que el legislador asentó para "conciliar las garantías que justamente re-

quiere la propiedad, con los sanos y fundamentales principios en que descansa la prescripción".

Tampoco tiene excepción la regla que consiste en que nadie puede cambiar por sí mismo, sólo por su voluntad, la tenencia en posesión. Según el art. 764, si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de otro, la usurpa, dándose por dueño de ella, no se pierde por una parte la posesión, ni se adquiere por otra. Esta es la regla; éste el principio. Y, no obstante, el mismo art. 764 agrega: a menos que el usurpador enajene a su propio nombre la cosa. En este caso la persona a quien se enajena adquiere la posesión de la cosa y da fin a la posesión anterior.

¿Constituye la segunda parte del inc. 1º del art. 764 excepción de la primera? La respuesta es negativa, porque la parte primera del inciso propone el caso de la usurpación efectuada por un mero tenedor de la cosa; y la segunda parte propone otro caso distinto, a saber, el de la enajenación a un tercero efectuada por el tenedor que usurpó la cosa.

En el primer supuesto dispone la ley que no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra. Estas partes son el propietario poseedor de un lado, y el tenedor usurpador del otro.

En el segundo supuesto dispone el Código que la persona a quien se enajena la cosa adquiere posesión de ella, perdiéndola el dueño poseedor anterior.

Para que la segunda hipótesis fuese excepción de la primera sería preciso que el usurpador adquiriese la cosa. Pero lo que sucede es distinto: la persona a quien se enajena adquiere una posesión nueva que comienza en él, sin que obste que el enajenador haya sido tan sólo un mero tenedor.

Esto se debe a que la tradición da al adquirente, en los casos y del modo que las leyes señalan, el derecho de ganar por prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho (art. 718).

Del art. 764 se deduce, no que el usurpador haya podido modificar por sí y para sí su condición jurídica de mero tenedor, sino que ha comenzado una posesión distinta a causa de un título de enajenación emanado de quien no era poseedor de la cosa.

La persona a quien se enajena la cosa sucede, a título singular, al enajenador en cuanto a los derechos que le pudo ceder.

Idéntica sería la situación si el sucesor del tenedor lo fuese a título universal, como si el usurpador dejase en herencia la cosa.

Pero en ambos casos habría una posesión nueva porque la posesión del sucesor comienza en él, ora suceda a título universal o singular (art. 751).

No puede dudarse que la cuestión en estudio es intrincada y ha dado ocasión a las más confusas opiniones.

Hay quienes piensan que la regla 4º del art. 2434 está fundada en motivos de conveniencia social y sirve para atenuar el rigor del precepto contenido en el art. 764.

Sin embargo no todos comparten este punto de vista. Así Victorio Pescio, profundo conocedor de esta materia, afirma: "Si el mero tenedor usurpa la cosa dándose por dueño de ella, transcurrirá estérilmente para él el lapso de 15 ó 100 años: no podrá jamás adquirir por prescripción por la simplísima razón de que no es poseedor. La regla 3º del art. 2510 (regla 4º del art. 2434 de nuestro Código) no está hecha para él... pues la circunstancia segunda de dicha regla exige que haya poseído y el art. 730 (764 de nuestro Código) proclama que él (el mero tenedor) no ha adquirido posesión y que el poseedor no ha perdido la suya".

Esto es exacto; y téngase en cuenta que si ha comenzado un estado de mera tenencia, se presume la continuación del mismo orden de cosas.

Otro caso de cambio de tenencia en posesión.— El numeral 5º del art. 719 plantea el caso en que la mera tenencia se cambia en posesión por la venta, donación u otro título de enajenación conferido al que tiene la cosa mueble como usufructuario, arrendatario, comodatario, depositario, o a cualquier otro título no translativo de dominio.

Conclusiones.— De las disposiciones que han quedado brevemente comentadas se deduce que el Código adoptó un sistema, según el cual:

1º— El simple lapso no muda la mera tenencia en posesión.

2º— La transformación de la tenencia en posesión o de la posesión en tenencia exige un cambio previo de la causa o título de la relación.

3º— No probándose el cambio de la causa o título, se presume la continuación del estado de mera tenencia o de posesión.

De los modos de adquirir, de conservar y de perder la posesión.- El párrafo 2º del título de la posesión no incluye en el epígrafe la conservación de la posesión, sino que se refiere solamente a su adquisición y pérdida. Sin embargo, diversos artículos tratan explícitamente de la conservación de la posesión. Y debe tenerse en cuenta que "las ideas de conservación y pérdida son perfectamente correlativas o contrapuestas, de modo que es lo mismo no conservar que perder".

Adquisición de la posesión.— Puesto que los elementos de que se compone la posesión son dos, uno material llamado corpus, y otro intencional llamado animus, para adquirir la posesión deben concurrir dichos dos elementos.

Así lo establece el art. 757 según el cual los que no pueden administrar libremente lo suyo, no necesitan de autorización alguna para adquirir la posesión de una cosa mueble, con tal que concurran en ello la voluntad y la aprehensión material o legal. Esto ocurre aunque el adquirente no realice actos posesorios. Y el mismo artículo agrega: pero no pueden ejercer los derechos de poseedores sino con la autorización que competa.

Tratándose de inmuebles, se adquiere igualmente la posesión cuando concurren el corpus y el animus. Si alguno, dice el art. 763, dándose por dueño se apodera violenta o clandestinamente de un inmueble cuyo título no está inscrito, el que tenía la posesión la pierde. Ahora bien, el que tenía la posesión la pierde porque la adquiere el que se apodera de la cosa, bien entendido que esto ocurrirá no sólo cuando haya violencia o clandestinidad, sino en todo apoderamiento de un bien raíz no inscrito.

Excepciones.— El principio de que la adquisición de la posesión requiere de la concurrencia de los dos elementos integrantes de la relación posesoria, a saber, el corpus y el animus, tiene dos excepciones:

a.— **La posesión de la herencia.—** El art. 756 dice que la posesión de la herencia se adquiere desde el momento en que es deferida, aunque el heredero lo ignore.

He aquí que el heredero, sin que existan ni el corpus ni el animus, adquiere la posesión de la herencia.

¿Cómo puede explicarse jurídicamente que esto ocurra? Algunos autores, inspirados en las ideas de Pothier, han sostenido que "la institución de la posesión legal de la herencia sólo constituye la expresión y puesta en práctica del principio general formulado en materia posesoria: el heredero es el continuador de la personalidad del difunto", que el Código ha recogido en el art. 1147.

A juicio de Ruggiero, en la sucesión por causa de muerte en que el heredero sucede en el "universum jus defuncti", la posesión del difunto "continúa, de derecho, en la persona del heredero; y como no se trata de dos posesiones diversas, la que asume el sucesor conserva todos los caracteres de la posesión del causante"... "En cambio, en los casos de sucesión a título singular... la transmisión tiene el significado de que el poseedor sucesivo puede obtener provecho de la posesión precedente y añadiendo su propia posesión a la anterior, invocar los efectos de la posesión".

Según este planteamiento, tratándose de la herencia, la posesión del heredero es la misma que la del causante. Por tanto, comenta Peñaherrera, el heredero "más bien conserva que adquiere la posesión; y, para conservarla, no se requiere el hecho ni se requiere la intención positiva: basta no tener una intención contraria". A esto se debe que el que repudia una herencia se entiende no haberla poseído jamás. (art. 756).

No ocurre lo mismo con el legado, porque el legatario no representa al testador. Las posesiones de ambos son distintas, aunque puedan agregarse.

La doctrina anterior, sin embargo, no es la que inspiró a nuestro legislador. La posesión del sucesor comienza en él, ora suceda a título universal o singular, dice el art. 751, sin perjuicio de que pueda agregar a la suya la posesión del antecesor o de una serie no interrumpida de antecesores. Por consiguiente, la disposición del art. 756 según la cual la posesión de la herencia se adquiere desde el momento en que es deferida aunque el heredero lo ignore, es más bien una ficción legal de corpus y animus introducida por el legislador para evitar que haya solución de continuidad entre la posesión del difunto y la del heredero.

b.— **Adquisición de la posesión por medio de otro.**— Dice el art. 754 que la posesión puede tomarse no sólo por el que trata de

adquirirla para sí, sino por su mandatario o por sus representantes legales.

Es criticable la ubicación de esta disposición. Peñaherrera hace presente que "en el proyecto de Bello esta regla estuvo bien colocada en el parágrafo II que versa sobre los modos de adquirir y perder la posesión; y sin que sepamos la causa, fue trasladada al primero, que trata de la posesión y sus diversas calidades".

Intervención de mandatarios y representantes legales.— Si un individuo toma la posesión de una cosa en lugar o a nombre de otro de quien es mandatario o representante legal, la posesión del mandante o representado principia en el mismo acto, aun sin su conocimiento (art. 755).

Esta disposición concuerda con los principios generales según los cuales los actos ejecutados por un mandatario o por un representante legal que actúan a nombre del mandante o del representado, se consideran actos de éstos a condición de que aquellos obren dentro de los límites del mandato o de la representación legal.

Intervención de un agente oficioso.— Si el que toma la posesión a nombre de otro, no es su mandatario ni representante, no poseerá sino en virtud de su conocimiento y aceptación; pero se retrotraerá su posesión al momento en que fue tomada a su nombre. (inc. 2º del art. 755).

Una persona puede obrar por otra sin mandato, es decir, como agente oficioso. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en el mandato, en esta clase de gestión de negocios no cabe suponer que los actos del agente oficioso lleven implícita la voluntad de aquél en cuyo beneficio trabaja. Por esta razón tales actos no lo comprometen, benefician ni perjudican, sino en virtud de su conocimiento y aceptación.

Ahora bien, tratándose de la adquisición de la posesión, los efectos de dichos conocimiento y aceptación se retrotraen al momento en que fue tomada por el agente oficioso.

De la conservación de la posesión.— "La adquisición de la posesión, dice Peñaherrera, es un acto único, que se realiza en un instante; la conservación entraña el mantenimiento de un estado de cosas permanente".

Vimos antes que para adquirir la posesión es indispensable que concurran los dos elementos que le son propios, a saber, el corpus y el animus. Pero el animus es el elemento mantenedor de la posesión.

Se considera que la posesión es el reflejo de la propiedad; es su manifestación exterior. Y así como el dueño para mantener su derecho no está obligado a realizar continuamente actos de dominio, tampoco el poseedor para mantenerse en su posesión debe realizar, de modo continuo, actos posesorios. No es indispensable que manifieste una voluntad positiva, "siempre vigilante y activa". Basta para el efecto aquello que los juristas llaman una voluntad negativa, es decir, "la que no ha sido revocada por una voluntad contraria".

En esta materia, a juicio de Peñaherrera, el Código ha adoptado la doctrina tradicional que, dejando a salvo las excepciones relativas a la posesión inscrita, se puede resumir en los términos siguientes: "La posesión se conserva en tanto que el poseedor no la renuncie y esté en posibilidad material de ejecutar actos posesorios, es decir, de gozar y disponer de la cosa como dueño. El poseedor que se ausenta de su casa dejándola aparentemente abandonada; el que se abstiene de cultivar un inmueble y no saca de él provecho alguno, no dejan de ser poseedores mientras tengan posibilidad de ejecutar actos posesorios, es decir, mientras su posesión no haya sido interrumpida por haber entrado en ella otra persona o por alguna otra causa legal".

Cuando nadie ataca la posesión, ni la perturba, puede ser mantenida por medio del animus, entendido como voluntad negativa; y esto, aun cuando no se tenga el corpus. La posesión de la cosa mueble, dice el art. 761, no se entiende perdida mientras se halla bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero. Y el art. 759, aplicando los mismos principios, dispone que el poseedor conserva la posesión aunque transfiera la tenencia de la cosa, dándola en arriendo, comodato, prenda, depósito, usufructo o a cualquier otro título no translativo de dominio.

En cambio si otra persona molesta, contradice o perturba la posesión, la conservación de la misma requiere que el poseedor actúe en su defensa, ejercitando las acciones posesorias que la ley le concede y que se estudiarán más adelante.

De la pérdida de la posesión.— La posesión es el poder de hecho que una persona ejerce sobre una cosa. Este poder de hecho sig-

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA U.C
BIBLIOTECA

nifica que la persona puede comportarse con la cosa como lo hace el dueño, teniendo la posibilidad física de usar, gozar y disponer de ella.

La posesión se pierde cuando desaparece la potestad que la persona ejerce o está en aptitud de ejercer en la cosa; lo cual puede ocurrir con la voluntad o contra la voluntad del poseedor.

Siguiendo a Peñaherrera, podemos explicar los dos casos de pérdida de la posesión, del siguiente modo:

a.— "Hay pérdida voluntaria: 1º—Cuando **transmitimos** nuestra posesión a otra persona; es decir, cuando hacemos con relación a ella una renuncia de nuestros derechos; o en términos jurídicos, en los casos de tradición; y 2º—Cuando hacemos una renuncia absoluta, sin relación a persona alguna, es decir, por un abandono puro y simple de la cosa, como cuando arrojamos al mar o a un lugar público un objeto que nos parece inútil" (659, inc. 3º).

b.— "La pérdida involuntaria, es decir, la que se efectúa a pesar nuestro, acontece: 1º—Cuando otra persona se apodera de la cosa con ánimo de hacerla suya (art. 760). 2º—Cuando perdemos alguna cosa mueble, como cuando se escapa algún animal domesticado de poder de su dueño (arts. 643, 655, 656). 3º—Cuando la cosa se destruye, o por un accidente natural se vuelve imposible todo acto posesorio; como cuando perece un animal, o el mar invade sus riberas y las deja permanentemente inundadas. (arts. 688, 2426). 4º—Cuando la cosa se transforma en otra especie distinta, como si de la lana se hacen vestidos; pues entonces se deja de poseer la primera especie y se posee la segunda. (art. 697, inc. 3º)".

Régimen legal aplicable a la adquisición, conservación y pérdida de la posesión de bienes inmuebles.— En esta materia es preciso hacer distinción entre inmuebles no inscritos e inmuebles inscritos.

1º— Inmuebles no inscritos

a.— Si alguno, dándose por dueño, se apodera violenta o clandestinamente de un inmueble cuyo título no está inscrito, el que tenía la posesión la pierde. (art. 763).

Esto significa que la adquiere el que se apodera del inmueble, aun cuando el apoderamiento se haya realizado sin violencia ni clandestinidad.

Por consiguiente, el apoderamiento de un inmueble no inscrito confiere posesión y hace perder la preexistente.

b.— Si el antecedente de la adquisición del inmueble no inscrito es un título translaticio de dominio, para adquirir la posesión de dicho inmueble es necesaria la inscripción.

En efecto, el art. 758 dice que si la cosa es de aquellas cuya tradición deba hacerse por inscripción en el correspondiente libro del Registrador de la propiedad, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio.

No distingue el art. 758 entre inmuebles inscritos y no inscritos, y por consiguiente en todos los casos de adquisiciones de inmuebles por tradición, es decir, cuando el antecedente o causa sea un título translaticio de dominio, será preciso realizar la inscripción, único medio legal de hacer tradición de toda clase de inmuebles.

Debe advertirse que el art. 758 es general, y que se refiere a la adquisición de la posesión regular y de la irregular. Esto resulta evidente si se considera que, invocándose para la adquisición un título translaticio de dominio, la tradición es indispensable para poner la cosa bajo el poder del adquirente, es decir, para que éste devenga en poseedor, regular o irregular.

2º— Inmuebles inscritos

El régimen aplicable a la adquisición, conservación y pérdida de la posesión de los inmuebles inscritos está sometido al sistema de la inscripción, complicado y difícil dados los intrincados problemas que suscita.

"Loable fue el propósito del legislador de poner a la vista de todos el estado de las fortunas territoriales"; y para lograrlo "el arbitrio más sencillo era hacer obligatoria la inscripción de todas las enajenaciones de bienes raíces", según palabras del Mensaje con que fue presentado el Código Civil.

Este planteamiento, al parecer sencillo, llevó a insospechadas confusiones. El legislador aspiró a que este sistema, según palabras del mismo Mensaje, produciría "este orden de cosas: la posesión de los bienes raíces, manifiesta, indisputable, caminando aceleradamente a una época en que inscripción, posesión y propiedad serían términos idénticos..."

"Forzoso es confesar, dice Peñaherrera, que nuestro legislador, dominado por esta plausible idea dio a la institución una extensión y aplicación tal que convirtió el sistema del Código en el más embrollado laberinto".

POSESION FICTICIA.— La esencia del sistema del Código consiste en considerar que inscripción equivale a posesión. Por consiguiente, si alguno tiene la inscripción a su favor es poseedor aunque de hecho la cosa no esté bajo su poder. Viceversa, aunque el bien raíz esté bajo su poder de hecho, no poseerá en el supuesto de que la inscripción relativa al mismo inmueble conste a nombre de otra persona. Posesión igual inscripción es la ficción en que descansa el sistema.

Nos parece de interés transcribir el juicio de Peñaherrera sobre este punto: "Al legislador le es dado fijar las normas a que han de sujetarse los actos jurídicos, y las condiciones para la existencia, la transmisión, modificación o extinción de los derechos civiles, en cuanto tienda a llenar los fines que la legislación se propone. Mas no puede en caso alguno alterar la esencia de las cosas, ni ir contra las leyes de la naturaleza física o del orden moral. Pudo, por tanto, muy bien decir que por la inscripción del título de venta quedaría transmitido el dominio de la cosa vendida; mas no pudo, sin incurrir en absurdo, decir que con la inscripción del título, quedaba hecha la tradición de la cosa; porque tradición (de traditum, supino del verbo tradere, entregar), no es ni puede ser sino el acto por el cual se pone materialmente la cosa bajo la potestad del adquirente".

Artículos que integran el sistema de la posesión inscrita.— En el parágrafo 3º del Título VI se encuentra el art. 721 en que se establece la obligatoriedad de la inscripción en los siguientes términos: se efectuará la tradición del dominio de bienes raíces por la inscripción del título en el libro correspondiente del Registrador de la Propiedad. De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso, de habitación o de servidumbre constituídos en bienes raíces y del derecho de hipoteca.

El art. 731, ubicado en el mismo parágrafo 3º, establece que los títulos cuya inscripción se prescribe en los artículos anteriores, no darán o transferirán la posesión efectiva del respectivo derecho mientras la inscripción no se efectúe de la manera que en dichos artículos y reglamentos se ordena.

En el título VII tenemos varias disposiciones armónicas y concordantes:

El inciso final del art. 736 según el cual, la posesión de una cosa a ciencia y paciencia del que se obligó a entregarla, hará presumir la tradición, a menos que ésta haya debido efectuarse por la inscripción del título.

El art. 758, clave en esta materia, dice que si la cosa es de aquellas cuya tradición deba hacerse por inscripción en el correspondiente libro del Registrador de la Propiedad, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio.

El art. 762: Para que cese la posesión inscrita es necesario que la inscripción se cancele, sea por voluntad de las partes, o por una nueva inscripción en que el poseedor por título inscrito transfiere su derecho a otro, o por decisión judicial.— Mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella, ni da fin a la posesión existente.

El art. 764: Si el que tiene la cosa en lugar o a nombre de otro, la usurpa, dándose por dueño de ella, no se pierde por una parte la posesión, ni se adquiere por otra; a menos que el usurpador enajene a su propio nombre la cosa. En este caso la persona a quien se enajena adquiere la posesión de la cosa y da fin a la posesión anterior.— Con todo, si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de un poseedor por título inscrito, se da por dueño de ella y la enajena, no se pierde por una parte la posesión, ni se adquiere por otra, sin la competente inscripción.

En el título XIV está el art. 988, el cual establece que la posesión de los derechos inscritos se prueba por la inscripción; y mientras ésta subsista, y con tal que haya durado un año completo, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla.

Valor de la inscripción.— De los artículos que integran el sistema de la posesión inscrita se desprende que, tratándose de inmuebles, la inscripción sirve de tradición del derecho, de único medio de adquirir y conservar la posesión del mismo derecho y de prueba de dicha posesión.

La competente inscripción.— El inc. 2º del art. 764 dice: Con todo, si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de un poseedor por título inscrito, se da por dueño de ella y la enajena, no se pierde por

una parte la posesión, ni se adquiere por otra, sin la competente inscripción.

¿Cuál es la competente inscripción?.— La doctrina y la jurisprudencia se han dividido en dos corrientes que tratan de precisar lo que se ha de entender por la competente inscripción.

a.— Los profesores Alessandri y Lira, entre otros, sostienen que por competente inscripción se ha de entender aquella que emana real o aparentemente del poseedor inscrito anterior. Según expresión de Alessandri, es la que tiene con la anterior inscripción un "vínculo de parentesco legítimo o ilegítimo".

Para que cese la posesión inscrita, dice el art. 762, es necesario que la inscripción se cancele, sea por voluntad de las partes, o por una nueva inscripción... Ahora bien, esta nueva inscripción, la competente, a que se refiere el inc. 2º del art. 764, no puede ser otra que aquélla en que el poseedor por título inscrito transfiere su derecho a otro (art. 762).

¿Cómo puede aplicarse el art. 762 en relación con el art. 764, inc. 2º que se refiere a la usurpación del inmueble por el mero tenedor? Según el señor Lira, los únicos casos en que el inc. 2º del art. 764 podría tener aplicación práctica, se reducen a los siguientes: "1º) El poseedor inscrito ratifica la venta hecha por el usurpador del inmueble. 2º— El usurpador, con posterioridad a la enajenación del inmueble, lo adquiere por acto entre vivos o por causa de muerte del poseedor inscrito, v. gr., si se lo compra o el poseedor inscrito lo instituye su heredero o lega el inmueble al usurpador. Y 3º— El usurpador suplanta al poseedor inscrito y en mérito de la suplantación el adquirente logra inscribir a su nombre el inmueble".

b.— Otra corriente de opinión en que participan Claro Solar, Urrutia, etc., sostiene que para establecer cuál es la competente inscripción no interesa saber si ésta está o no de algún modo eslabonada o trabada a la anterior. Debe simplemente atenderse al aspecto formal, a las solemnidades de la inscripción.

"La palabra competente, dice Claro Solar, está empleada aquí en el sentido forense de debida, correspondiente, que compete". Según este autor, la aplicación del inc. 2º del art. 764 no puede referirse a los casos planteados por el señor Lira, en que hay evidentemente un eslabonamiento de las dos inscripciones; pues que "los tér-

minos de dicha disposición indican que se trata de una oposición entre la posesión del adquirente y la posesión de aquel a quien, el que tenía en lugar suyo y a su nombre el inmueble, se lo usurpó; la posesión de este poseedor inscrito se pierde, no por su voluntad, sino por el hecho de la inscripción del título de enajenación del usurpador a favor del tercero que, por el mismo hecho, adquiere la posesión del inmueble usurpado".

La reforma de 1956.— La codificación de la H. Comisión Legislativa

El 6 de noviembre de 1956 se promulgó el Decreto Legislativo reformatorio del Código Civil cuyo art. 10, inc. 2º, dispone: Cabe la prescripción extraordinaria contra título inscrito y para ello bastará la posesión material en los términos del art. 732 (734) del mismo Código.

No dijo más el legislador con relación a la intrincada materia de la posesión.

La disposición reformatoria está directamente encaminada a derogar la contenida en el anterior art. 2431, según el cual, contra un título inscrito no tendrá lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces o de derechos reales constituídos en éstos, sino en virtud de otro título inscrito; ni empezará a correr, sino desde la inscripción del segundo.

A pesar de que el legislador no dijo más, la reforma no sólo derogó el antiguo art. 2431 citado, sino que alteró todo el sistema relativo a la adquisición, conservación y pérdida de la posesión de inmuebles inscritos porque el mencionado art. 2431 no era una disposición aislada, sino que guardaba íntima relación y armonía con otras disposiciones constantes en el parágrafo 2º del título de la posesión, en especial con los arts. 758, 762 y 764.

Situación legal anterior a la reforma.— ¿Por qué no podía tener lugar, antes de la reforma, la prescripción adquisitiva de bienes raíces contra un título inscrito?— Porque para prescribir es preciso poseer. Y resultaba que, de acuerdo con el sistema tradicional del Código, subsistiendo la inscripción, el que se apoderaba de la cosa a que se refería el título inscrito, no adquiría posesión de ella ni daba fin a la posesión existente. La inscripción era, en términos absolutos, el elemento mantenedor de la posesión; de tal manera que, para que

ésta terminase, era de todo punto necesario cancelar la inscripción en que el poseedor por título inscrito transfería su derecho a otro, o por decisión judicial.

Situación legal posterior a la reforma.— El año 1960, con posterioridad a la reforma de 1956, se publicó la codificación realizada por la H. Comisión Legislativa. ¿Qué suerte corrieron las disposiciones tocantes a la posesión?

La Comisión Codificadora hizo constar con el número 2522, actual 2430, el siguiente artículo: Contra un título inscrito no tendrá lugar la prescripción **ordinaria** adquisitiva de bienes raíces, o de derechos reales constituídos en éstos, sino en virtud de otro título inscrito, ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo.

Además, el inc. 2º del art. 10 de la Reforma fue colocado en la codificación como numerales 1º y 2º del art. 2526, actual 2434, que dicen: Cabe la prescripción extraordinaria contra título inscrito.— Para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno; basta la posesión material en los términos del art. 734.

Las disposiciones sobre esta materia, constantes en el título de la posesión, se mantuvieron intocadas.

¿Cuál es, después de la codificación, el sistema del Código?

Supongamos que alguno se apodere materialmente, de hecho, de un inmueble cuyo título está y permanece inscrito a favor de otro. ¿Adquiriría posesión de él? Sí, de acuerdo con el numeral 1º del art. 2434, puesto que si no la adquiriese no podría prescribir. No, de conformidad con los arts. 758 y 762.

Bien entendemos que quien se apoderase materialmente de un inmueble inscrito adquiriría posesión irregular de él; y es por este motivo que sólo podría prescribir mediante la prescripción extraordinaria.

Pero no por irregular dejaría de ser posesión. Y, precisamente, el absurdo de la codificación consiste en hacer posible la existencia simultánea de dos posesiones sobre la misma cosa; la regular del que mantenga inscrito su título y la irregular del que se apodere materialmente del inmueble a que el mismo título se refiere.

Con razón anota Vodanovic: "El art. 728 (762) rechaza la adquisición de cualquiera posesión por parte del usurpador, pues no distingue entre la regular y la irregular". Y añade una observación de gran valor jurídico: "Aún más, ya nosotros hemos explicado que la

posesión tiene un gran parecido con el derecho de propiedad o el dominio, en el sentido de que la posesión es exclusiva y excluyente, que no puede haber dos poseedores absolutos con respecto a una misma cosa".

Según la codificación existirían dos posesiones: la inscrita, que no cesa por el apoderamiento material (art. 762) y la material del que se apodere de la cosa (art. 2434).

Esto, según Vodanovic, "constituye una aberración, ya que no puede haber sobre una misma cosa dos poseedores absolutos".

El sucesor que la opone como excepción tiene que hacerla valer con las cualidades o vicios con que tuvo la posesión el antecesor, cuando se le llama a juicio en lugar de su causante.— G. J. Serie 1, No. 11.

Si la posesión de una cosa procede de la entrega voluntaria de parte del promitente de venderla, la posesión es de buena fe, a menos de aparecer hechos que establezcan lo contrario.— G. J. Serie III, No. 69

"Si para la buena fe es menester un justo título, la falta de este título, o uno de ningún valor legal, constituyen, por la misma razón, una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario, de conformidad con lo prescrito en el inc. 3o. del art. 694 (inc. 4o. del art. 740) del Código Civil". G. J. Serie IV, No. 82.

"La indivisión no es, en principio, una situación jurídica general y definitivamente establecida, ni capaz de producir derechos y obligaciones de carácter permanente, sino una situación provisional, tolerada en vía de excepción al principio general de la divisibilidad de la cosa común; y esto sólo con la virtualidad y la extensión que expresamente le confieran la ley y las estipulaciones de los contratantes".— G. J. Serie IV, No. 219—220.

A la posesión personal no puede agregarse la del antecesor, sin haber sucedido a éste en el derecho, a título universal o singular, como lo prescriben los arts. 705 y 2.482 (751 y 2.424) del Código Civil.— G. J. Serie IV, No. 247.

En tratándose de la acción reinvindicatoria, establecido el hecho de que el demandado es poseedor actual de la cosa reinvindicada, lo cual es evidente e indiscutible, porque, precisamente reconociéndole esa calidad de poseedor se ha deducido la acción, cumple al actor demostrar el dominio, a fin de destruir con esa prueba plena la presunción de propiedad que la ley establece en favor del poseedor.— G. J. Serie VI, No. 15.

". . .3o.— La prueba de la posesión material o sea de los hechos que enumera en vía de ejemplo el art. 987 (989) del mismo Código. . ."— G. J. Serie IX, No. 4.

Posesión

(La declaración que hace el vendedor en la escritura de venta de que entrega real y materialmente el inmueble de que se trata al comprador, no basta por sí sola para acreditar, frente a terceros, la posesión material que haya tenido sobre el bien).

Si, como lo ha dicho la Corte, "la posesión es ante todo un hecho, su existencia como fenómeno no trascendente de la vida social debe manifestarse también por una serie de actos de inconfundible carácter y naturaleza, que demuestran su realización y el vínculo directo que ata a la cosa poseída con el sujeto poseedor. Tales actos deben guardar íntima relación con la naturaleza intrínseca y normal destinación de la cosa que se pretende poseer, y así vemos que el art. 981 del Código Civil estatuye, por vía de ejemplo, que la posesión del suelo deberá probarse por hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio como el corte de maderas, la construcción de edificios y cerramientos, el cultivo de plantaciones y sementeras y otros de igual significado" (G. J. XLVI 716). Se comprende, por tanto que la simple declaración hecha por el vendedor en la escritura de compraventa de que hace entrega real y material del inmueble materia de la misma al comprador, no basta por sí sola para acreditar fehacientemente frente a terceros la posesión material que aquél hubiera tenido sobre ese bien, pues no muestra los actos de señor o dueño ejercidos en conformidad con el art. 981 prenombrado.

"Según el sistema de nuestro Código —se ha dicho— la posesión no se transfiere ni se transmite; el que entra a gozar de una cosa con ánimo de dueño, inicia una posesión que le es propia, y no adquiere la de su antecesor; mas, conforme a las reglas que consagra el art. 2521 del Código Civil, en armonía con el 778 el poseedor cuando invoca la prescripción tiene facultad —lo que también le asiste para otros fines legales— para añadir a la suya la posesión propia de una serie no interrumpida de antecesores; pero para ello es menester que pruebe que es sucesor de éstos a título universal o singular **y que ellos tuvieron también** la posesión ininterrumpida de la cosa" (Se subraya) (G. J. LXVIII, 753).

(Cas. Civ. agosto 26 de 1969. Ordinario reinvindicatorio seguido por Luis Enrique Galán G. vs. Victoriano Joya B.).

CAPITULO VIII

DE LA PRESCRIPCION

Consideraciones preliminares.— La prescripción, de acuerdo con el art. 2416, puede ser considerada bajo dos aspectos, según los cuales:

a.— Es modo de adquirir las cosas ajenas por haberse poseído dichas cosas durante cierto tiempo y concurriendo los demás requisitos legales; y

b.— Es modo de extinguir las acciones y derechos ajenos por no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto tiempo, concurriendo los demás requisitos legales.

En el primer caso la prescripción se llama adquisitiva; en el segundo, la prescripción se llama extintiva.

La prescripción adquisitiva es modo de adquirir el dominio (art. 622). La prescripción extintiva es modo de extinguir las obligaciones (art. 1610, núm. 11).

Ubicación en el Código.— El Código considera, conjuntamente, en el Libro IV, ambas especies de prescripción:

a.— porque las dos tienen ciertas reglas que les son comunes;

b.— porque ambas tienen un elemento fundamental común, que es el tiempo; y

c.— por razones meramente históricas, puesto que igual sistema se encuentra en el Derecho romano y en el francés.

Sin embargo, como la prescripción adquisitiva es, sustancialmente, un modo de adquirir que tiene como fundamento la posesión de las cosas, debe ser estudiada dentro del Libro II del Código Civil.

Prescripción adquisitiva.— La prescripción adquisitiva tiene como antecedente histórico la usucapión de las Doce Tablas, modo de adquirir propio de los ciudadanos romanos.

Usucapión proviene de las voces "usu capere", que significan apoderamiento por el uso.

La palabra prescripción deriva de las voces "prae scriptio", escritura delante; consiste en un mero recurso judicial.

"La prescripción fue, pues, en su principio, según explica Barros Errázuriz, una simple excepción, que limitaba el derecho del

demandante, para defender al poseedor. La prescripción como modo de adquirir el dominio, a manera de la usucapión, no se introdujo en el Derecho romano sino cuando, conferido el derecho de ciudadanía romana a todos los súbditos del imperio, desapareció la razón principal de la diferencia primitiva entre usucapión y prescripción".

Fundamento y utilidad.— El fundamento de la prescripción adquisitiva es la posesión.

Mediante la prescripción reciben adecuada sanción los propietarios negligentes y encuentran protección las personas que contribuyen para que la propiedad cumpla la función social que le corresponde.

La prescripción hace práctica la idea de que la propiedad debe ser ejercida en orden al bien común y sanciona el principio de que no puede quedar al arbitrio del dueño el aprovechar o no sus bienes.

Por otro lado, la prescripción consolida los derechos y pone término a las situaciones inestables. Algunos tratadistas la han llamado "patrona del género humano".

Caracteres jurídicos.— A la prescripción adquisitiva se le atribuyen los caracteres siguientes:

a.— Es modo de adquirir originario: Según los arts. 622 y 2416, la prescripción es modo de adquirir el dominio de las cosas ajenas.

Ahora bien, a pesar de que las cosas que se adquieren por la prescripción son ajenas, es decir, tienen dueño, se dice que es modo originario de adquirir porque el derecho del prescribiente no proviene del dueño anterior, sino de un hecho independiente de la voluntad de éste, que es la posesión.

No hay en la prescripción sucesión de derechos. Por eso el inc. 2º del art. 737 enumera a la prescripción entre los títulos constitutivos de dominio.

b.— La prescripción sirve para adquirir el dominio de los bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano y se han poseído con las condiciones legales. Se ganan de la misma manera los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados (art. 2422).

c.— La prescripción es modo de adquirir a título singular. No obstante, por excepción, puede adquirirse por prescripción una universalidad, como la herencia.

d.— La prescripción es modo de adquirir las cosas gratuitamente, en el sentido de que la adquisición no implica, por sí misma, gravamen económico para el prescribiente.

e.— La prescripción opera durante la vida del prescribiente. Hay, por lo tanto, adquisición por acto entre vivos.

f.— En la adquisición por prescripción intervienen tres elementos: la posesión, el tiempo y la ley.

Requisitos de la prescripción.— Para que se produzca la prescripción adquisitiva es menester:

1º—Prescriptibilidad de la cosa;
2º—Posesión de la cosa; y
3º—Que la posesión haya durado el tiempo señalado por la ley. Estudiemos separadamente cada uno de estos requisitos:

1º— **Prescriptibilidad de la cosa.**— La ciencia jurídica admite, como regla, la prescriptibilidad, y como excepción, la imprescriptibilidad.

Son imprescriptibles, es decir, no pueden ganarse por prescripción:

a.— **Las cosas propias.** —Esto se debe a que la prescripción es modo de adquirir y nadie puede adquirir lo que ya le pertenece, lo que está en su patrimonio.

b.— **Las cosas indeterminadas.**— La razón de esta excepción consiste en que la prescripción presupone la posesión de la cosa y la posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño.

Por consiguiente, la prescripción obra solamente respecto de cosas individualmente determinadas.

c.— **Los derechos personales o créditos.**— El art. 2422 limita el campo de la prescripción adquisitiva al dominio y demás derechos reales no exceptuados.

d.— **Los llamados derechos de la personalidad.**— Esto se debe a que tales derechos están íntimamente vinculados a la persona humana y no tienen carácter patrimonial.

e.— **Los derechos reales expresamente exceptuados.**— Tal es el caso de las servidumbres discontinuas e inaparentes (artículos 946, 981).

f.— **Las cosas comunes.**— Estas cosas, como la alta mar, son imprescriptibles porque no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas (artículo 621).

g.— **Las cosas que están fuera del comercio.**— Según esto no son prescriptibles los bienes nacionales de uso público.

h.— **Las tierras baldías.**— El art. 12 de la Ley de Tierras Baldías y Colonización dice que las tierras baldías no pueden ser objeto de prescripción adquisitiva de dominio y, por lo mismo, el único título para adquirir su propiedad es la enajenación hecha por el Estado, en cofonrmidad con la Ley.— Son, por consiguiente, nulas las transferencias de tierras baldías hechas entre particulares, si el tradente ha procedido fundado en tal prescripción.

El art. 12 de la Ley de Tierras Baldías supone una excepción a la regla general contenida en el art. 2421 del Código Civil, según el cual, las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado; y no armoniza con los arts. 1781 y 1785 del mismo Código relativos a la venta de cosa ajena.

Otros casos de imprescriptibilidad pueden encontrarse en ciertas leyes especiales como la de hidrocarburos, la de lavaderos auríferos, etc.

Lo que dispone la Ley de Reforma Agraria.— El art. 35 de la Ley de Reforma Agraria y Colonización puede tener implicaciones en lo que a la prescripción adquisitiva de predios rústicos se refiere. Este artículo dispone que se considerarán sujetas a reversión las tierras que hayan sido trabajadas y cultivadas por quienes no tengan vínculos contractuales con el dueño, lo cual será suficientemente comprobado.

Por consiguiente, el que realice actos posesorios en un predio rústico no podrá llegar a adquirirlo por prescripción, porque el efecto de tal situación sería la reversión en favor del IERAC.

2º— **Posesión de la cosa.**— La posesión de la cosa es elemento esencial de la prescripción adquisitiva. (art. 2416).

Existen ciertos estados o situaciones en que, estando la cosa bajo el poder de la persona, ésta no posee, y por lo tanto no puede ganar el dominio de dicha cosa por prescripción. Estos estados son:

a.— La mera tenencia, en que el tenedor reconoce dominio ajeno (art. 748).

La existencia de un título de mera tenencia hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias: 1º—Que quien se pretende dueño no pueda probar que en los últimos quince años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por quien alega la prescripción; 2º—Que quien alega la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo (art. 2434).

Véase lo dicho antes sobre la interversión.

b.— La omisión de actos de mera facultad. Así, el que durante muchos años dejó de edificar en un terreno suyo, no por eso confiere a su vecino el derecho de impedirle que edifique (art. 2423).

Se llaman actos de mera facultad los que cada uno puede ejecutar en lo suyo sin necesidad del consentimiento de otro.

Hay que tener presente, como principio general, que el solo no ejercicio del derecho de dominio no acarrea la extinción del mismo, sino cuando otra persona toma posesión de él y lo adquiere por prescripción.

Por cierto, este principio sufre las excepciones que el legislador ha introducido en atención a la función social que debe desempeñar la propiedad.

c.— La mera tolerancia de actos de que no resulta gravamen no confiere posesión ni da fundamento a prescripción alguna.

Así, el que tolera que el ganado de su vecino transite por sus tierras eriales o paste en ellas, no por eso se impone la servidumbre de este tránsito o pasto (art. 2423).

Esta disposición fomenta la paz social, porque sin ella todos se cuidarían de impedir la realización del mínimo acto de otro a causa del temor de que pudiera resultar una posesión apta para prescribir. Ninguna tolerancia sería posible.

Calidades que debe reunir la posesión.— La posesión requerida para toda prescripción adquisitiva debe ser:

a.— Pública (no clandestina);

b.— Tranquila (en su ejercicio);

c.— No interrumpida;

d.— Debe mantenerse hasta el momento en que se alega; y

e.— Exclusiva.

En virtud de estas calidades, la posesión útil para prescribir aparece como un hecho inequívoco, merecedor de la protección jurídica y apto para producir el efecto de llevar a la adquisición del dominio, por prescripción.

La posesión es un hecho relativo a la persona. No pasa de un poseedor a otro, puesto que la sucesión sólo se produce relativamente a los derechos. La posesión del sucesor comienza en él, ora suceda a título universal o singular (art. 751).

A pesar de que no hay sucesión posesoria la ley permite que, de modo facultativo, se agreguen sucesivamente una o varias posesiones anteriores.

A este propósito existen las siguientes disposiciones legales:

a.— La posesión del sucesor comienza en él, ora suceda a título universal o singular; a menos que quiera añadir la de su antecesor a la suya; pero, en tal caso, se la apropia con sus calidades y vicios. Podrá agregarse, en los mismos términos, a la posesión propia, la de una serie no interrumpida de antecesores (art. 751).

b.— Si una cosa ha sido poseída sucesivamente y sin interrupción por dos o más personas, el tiempo del antecesor puede o no agregarse al tiempo del sucesor, según lo dispuesto en el art. 751.

La posesión principiada por una persona difunta continúa en la herencia yacente, que se entiende poseer a nombre del heredero (art. 2424).

A pesar de este segundo inciso no hay sucesión posesoria porque mientras la herencia está yacente posee el heredero. Y la posesión de éste no es continuación de la del difunto, sino una posesión propia adquirida desde el momento en que le fue deferida la herencia.

Posesión no interrumpida.— Posesión no interrumpida es la que no ha sufrido ninguna interrupción natural o civil.

La prescripción se funda en dos elementos sustanciales, que son: posesión del que la alega e inactividad o negligencia del dueño.

Cuando el poseedor deja de poseer, se dice que hay interrupción natural de la posesión. Cuando el dueño de la cosa actúa en contra del actual poseedor y reclama judicialmente, se dice que hay interrupción civil de la posesión.

Interrupción natural.— La interrupción es natural, dice el art. 2426:

1º— Cuando sin haber pasado la posesión a otras manos, se ha hecho imposible el ejercicio de actos posesorios, como cuando una heredad ha sido permanentemente inundada.

2º— Cuando se ha perdido la posesión por haber entrado en ella otra persona.

La segunda causa de interrupción natural se explica porque no caben dos posesiones simultáneas y exclusivas sobre la misma cosa. Se deja de poseer una cosa, dice el art. 760, desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya; menos en los casos que las leyes expresamente exceptúan.

Los casos de excepción a que se refiere el art. 760 son relativos a la posesión inscrita. Pero desde la reforma de 1956 es posible la existencia de dos posesiones simultáneas sobre la misma cosa: la del que se apodere materialmente de ella y la del que tenga a su favor la inscripción relativa a la misma cosa.

Efectos de la interrupción natural.— La interrupción natural de la primera especie no surte otro efecto que el de descontarse su duración (inc. 3º del art. 2426).

Esta disposición concuerda con la del art. 688: si una heredad es inundada, el dueño de ella conserva su propiedad y recupera la posesión luego que las aguas se retiran; y con la del art. 840: si una heredad dada en usufructo se inunda y las aguas se retiran después, revivirá el usufructo por el tiempo que falte para su terminación.

La interrupción natural de la segunda especie hace perder todo el tiempo de la posesión anterior a menos que se la haya recobrado legalmente, conforme a lo dispuesto en el título de las acciones posesorias. En tal caso no se entenderá haber habido interrupción para el desposeído.

Por consiguiente, cuando se ha perdido la posesión por haber entrado en ella otra persona, el desposeído, para no perder todo el

tiempo de posesión anterior, debe recuperarla mediante el ejercicio de la acción que corresponda. Procediendo así, el que recupera legalmente la posesión perdida se entenderá haberla tenido durante todo el tiempo intermedio (art. 765).

Interrupción civil.— Según el art. 2427, interrupción civil es todo recurso judicial intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa, contra el poseedor.

Sólo el que ha intentado este recurso podrá alegar la interrupción; y ni aun él en los casos siguientes:

1º— Si la citación de la demanda no ha sido hecha en forma legal;

2º— Si el recurrente desistió expresamente de la demanda o cesó en la persecución por más de tres años;

3º— Si el demandado obtuvo sentencia de absolución.

En estos tres casos se entenderá no haber sido interrumpida la prescripción por la demanda.

Sobre esta disposición, V. M. Peñaherrera dice: "Podemos, por tanto, tener como definitivamente establecido:

1º— Que no cualquier gestión judicial, sino la verdadera, la pertinente demanda, es el acto que el interesado debe efectuar para interrumpir la prescripción; y

2º— Que ni aun aquel acto surte este efecto sino en virtud de la citación... Para la interrupción requiérese esencialmente que la demanda sea pertinente, esto es, apropiada a ese objeto, porque en ella se haga uso del derecho que por la prescripción iba a extinguirse. El dueño de una cosa de que no está en posesión, no puede interrumpir la prescripción de dominio que está corriendo en favor del poseedor, sino intentando la acción apta para defender el dominio, la acción reinvindicatoria. Si en vez de ésta, deduce una acción personal contra el poseedor o alguna otra acción impertinente, no se interrumpirá la prescripción... La acción debe ser pertinente, es decir, aquella que tienda a ejercitar el derecho que pudiera extinguirse por la prescripción".

La prescripción es modo de adquirir a título singular, y supone la posesión prolongada de una cosa determinada, sin reclamación del propietario.

Puesto que la prescripción en curso supone actual posesión, o sea, tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño,

la interrupción civil exige que se interponga una acción encaminada a anular la pretensión de dominio que recae en dicha cosa determinada.

Efectos de la interrupción civil.— La interrupción civil hace perder todo el tiempo anterior de posesión.

Por consiguiente, si el poseedor vencido entra posteriormente en posesión de la misma cosa principiará para él una nueva posesión enteramente desvinculada de la anterior, que se entiende perdida.

Los efectos de la interrupción civil tienen valor relativo en el sentido de que sólo el que ha intentado el recurso judicial puede alegarla, y de que sólo perjudica a aquél a quien se cita con la demanda.

Sin embargo, si la propiedad pertenece en común a varias personas, todo lo que interrumpe la prescripción respecto de una de ellas, la interrumpe también respecto de las otras (art. 2428).

Clases.— La prescripción adquisitiva es ordinaria o extraordinaria.

Prescripción ordinaria.— Para ganar la prescripción ordinaria, dice el art. 2431, se necesita posesión regular no interrumpida, durante el tiempo que las leyes requieren.

El tiempo necesario en la prescripción ordinaria es de tres años para los bienes muebles y de cinco para los raíces.— Cada dos días se cuenta entre ausentes por uno solo para el cómputo de los años.— Se entienden presentes, para los efectos de la prescripción, los que viven en el territorio de la República, y ausentes, los que residen en nación extranjera. (art. 2432).

Elementos de la prescripción ordinaria.— La prescripción adquisitiva ordinaria requiere de los elementos generales, comunes a toda prescripción adquisitiva, tales como calidad prescriptible de la cosa, posesión exclusiva no interrumpida, etc.

Requiere también de los elementos particulares expresados en los arts. 2431 y 2432, o sea:

a.— Posesión regular, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 736; y

b.— Posesión de tres años para los muebles y de cinco para los inmuebles.

Según esto, el que alegue la prescripción ordinaria deberá exhibir su justo título y deberá demostrar que ha poseído durante el tiempo determinado en la ley, según la calidad mueble o inmueble de la cosa.

La buena fe no necesita prueba porque se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria (art. 741).

No hay prescripción adquisitiva ordinaria contra título inscrito. El sistema de la posesión inscrita, absoluto antes de la reforma de 1956, quedó parcialmente vigente en la codificación realizada por la Comisión Legislativa Permanente.

Contra un título inscrito no tendrá lugar la prescripción ordinaria adquisitiva de bienes raíces o de derechos reales constituídos en éstos, sino en virtud de otro título inscrito; ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo (art. 2430).

Suspensión de la prescripción ordinaria.— Hay suspensión de la prescripción cuando se detiene su curso y no puede correr en contra de determinadas personas.

La suspensión ocurre en ciertos casos, que son de excepción, establecidos en el art. 2433 en beneficio de determinadas personas que, por su estado o condición, están impedidas de ejercer por sí mismas las necesarias acciones en defensa de sus derechos.

Según el art. 2433, la prescripción ordinaria se suspende en favor de las siguientes personas:

1º— De los menores, dementes, sordomudos y de cuantos estén bajo potestad paterna o bajo tutela o curaduría;

2º— De la herencia yacente.

La prescripción se suspende siempre entre cónyuges.

Incapaces.— La suspensión en favor de los incapaces es una notable ventaja jurídica que la ley les otorga.

Los representantes legales de los incapaces podrían interrumpir civilmente las prescripciones que estuviesen corriendo en contra de sus representados, con arreglo a las normas que rigen la interrupción civil; pero el legislador, temiendo posibles negligencias, ha creído preferible disponer la suspensión de la prescripción para que no corra en contra de dichos incapaces.

Cónyuges.— La prescripción adquisitiva ordinaria se suspende siempre entre cónyuges. La razón de esto consiste en que si uno de ellos pudiera prescribir en contra del otro sobrevendría inseguridad en los bienes y se alteraría la armonía familiar.

El principio de que la suspensión de la prescripción se aplica sólo respecto de la ordinaria, mas no de la extraordinaria, ¿rige también respecto de los cónyuges?

Las opiniones son discordantes en la doctrina, y en la jurisprudencia va ganando terreno el criterio que afirma que la suspensión de la prescripción entre cónyuges obra tanto en la prescripción ordinaria como en la extraordinaria.

Un fallo reciente del Tribunal Supremo de Colombia declara: "...habiendo este articulado del proyecto inédito pasado en tal forma al Código Civil chileno y luego al colombiano, tiénese que esa impropiedad de colocación es la que ha podido dar pábulo a pensar que, al decir del art. 2532 (2435 del nuestro) del Código, que la prescripción extraordinaria no se suspende a favor de las personas enumeradas en el art. 2530 (2433), abre el camino a la usucapión de semejante especie entre cónyuges.

"Conclusión que no es cierta, pues, como ya está visto, lo que se pretendió fue acoger el principio francés de que el curso de la prescripción, cualquiera que sea, no corre entre cónyuges. De ahí que la fórmula del inciso final del art. 2530 (2433), resulta desmembrada de la ordenación numérica de los casos de suspensión que el mismo artículo trae respecto de la prescripción ordinaria.

"Y de ahí también que el autor del código, lingüista consumado, se hubiera valido del adverbio de tiempo "siempre" en la elaboración del precepto: La prescripción se suspende siempre entre cónyuges. Así que si su pensamiento no hubiera sido el que tal suspensión incidiese aun sobre el lapso de la usucapión extraordinaria, la formulación del texto sería contradictoria, porque entonces la posibilidad de suspensión del fenómeno prescriptivo entre cónyuges quedaría circunscrita a diez años, límite temporal incompatible con el "siempre" que la norma consagra".

Herencia yacente.— Es el conjunto de bienes de un difunto cuya herencia no ha sido aceptada (art. 520).

La ley ordena que a la herencia yacente se le provea de un curador de bienes, al que compete el ejercicio de las acciones y de-

fensas judiciales en favor de la herencia que está en curaduría.

Esta curaduría cesa por la aceptación de la herencia o por la venta de los bienes que la componen, en el caso del art. 523.

Ahora bien, para prevenir posibles negligencias del curador, el art. 2433 dispone que la prescripción adquisitiva ordinaria se suspende en favor de dicha herencia yacente. De este modo quedan protegidos los derechos del heredero que todavía no acepta.

Estudio comparativo de la interrupción y de la suspensión de la prescripción.— Es diverso el alcance de la interrupción y el de la suspensión; y se aplican en casos distintos:

a.— La interrupción, sea natural o civil, se refiere tanto a la prescripción ordinaria como a la extraordinaria.

La suspensión se aplica únicamente a la prescripción ordinaria.

b.— Salvo el caso del num. 1º del art. 2426 la interrupción, natural o civil, requiere de un acto humano apto para detener el curso de la prescripción.

La suspensión obra de pleno derecho en favor de las personas mencionadas en el art. 2433.

c.— La interrupción civil es un recurso del que se puede valer cualquier interesado.

La suspensión es un beneficio legal concedido sólo a determinadas personas.

d.— Todo lo que interrumpe la prescripción respecto de un comunero la interrumpe también respecto de los otros.

La suspensión, cuando la propiedad pertenece en común a varias personas, aprovecha sólo al comunero en cuyo favor se la ha establecido.

e.— La interrupción, sea natural o civil, hace perder todo el tiempo de la posesión anterior, excepto si es consecuencia de causas naturales.

La suspensión no produce otro efecto que el de impedir el curso de la prescripción durante el tiempo que dura la incapacidad. Cuando cesa la causa de la suspensión, se le cuenta al poseedor el tiempo anterior a ella, si hubo alguno (art. 2433).

La enumeración del art. 2433 es taxativa.

Prescripción adquisitiva extraordinaria.— La prescripción adquisitiva extraordinaria se rige por las reglas generales de la pres-

cripción y por las especiales contenidas en los arts. 2434 y 2435.

Por lo tanto, además de la calidad prescriptible de la cosa, la prescripción extraordinaria requiere:

1º— Posesión irregular, continua e ininterrumpida; y

2º— Que la posesión haya durado quince años, sin distinción de muebles e inmuebles.

La prescripción extraordinaria no se suspende, sino que corre contra toda persona, con excepción de los cónyuges.

El art 2434.— El art. 2434 dice: El dominio de las cosas comerciales que no ha sido adquirido por la prescripción ordinaria, puede serlo por la extraordinaria, bajo las reglas que van a expresarse:

1º— Cabe la prescripción extraordinaria contra título inscrito.

Mediante este numeral se dio cabida al texto del inc. 2º del art. 10 de la Ley Reformatoria del Código Civil expedida en 1956.

Recordemos aquí lo dicho al tratar de la posesión, o sea, que la reforma de 1956, incorporada en el Código en el num. 1º del art. 2434, alteró todo el sistema de la posesión inscrita que tan estrecha relación guarda con la prescripción.

2º— Para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno; basta la posesión material en los términos del art. 734.

La regla según la cual para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno concuerda con el principio de que a esta clase de prescripción le basta la posesión irregular.

3º— Se presume en ella de derecho la buena fe, sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio.

En verdad, al ser suficiente la posesión irregular para prescribir extraordinariamente, la buena fe resulta innecesaria. Por este motivo se ha observado con razón que no había para qué presumirla de derecho, como lo hace el num. 2º del art. 2434, si en realidad es innecesaria.

4º— Pero la existencia de un título de mera tenencia hará presumir mala fe y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias:

1º— Que quien se pretende dueño no pueda probar que en los últimos quince años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por quien alega la prescripción; 2º— Que quien alega la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo.

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA U.C.
BIBLIOTECA

La regla cuarta del art. 2434 puede hacer creer que la mera tenencia se cambia en posesión por el simple transcurso del tiempo.

Si bien se advierte, la regla cuarta del art. 2434 no es excepción del principio sustentado por el art. 750, puesto que según éste el simple lapso no muda la mera tenencia en posesión, y aquél hace depender el cambio de la mera tenencia en posesión de dos elementos distintos que se agregan al transcurso del tiempo, a saber:

1º— Que quien se pretende dueño no pueda probar que en los últimos quince años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por quien alega la prescripción; y,

2º— Que quien alega la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo.

Prescripción adquisitiva de los otros derechos reales.— Las reglas y principios hasta aquí estudiados se aplican a la prescripción adquisitiva del derecho de dominio.

Ahora bien, estas mismas reglas y principios se extienden a la prescripción adquisitiva de los demás derechos reales, al tenor de lo dispuesto en el art. 2436, con las excepciones que este mismo artículo establece.

Los derechos reales, dice el art. 2436, se adquieren por la prescripción de la misma manera que el dominio, y están sujetos a las mismas reglas, salvo las excepciones siguientes:

1º— El derecho de herencia se adquiere por la prescripción extraordinaria de quince años;

2º— El derecho de servidumbre se adquiere según el art. 946.

La herencia.— De acuerdo con el num. 1º del art. 2436, el derecho real de herencia se puede adquirir por la prescripción extraordinaria de quince años.

Además, el derecho real de herencia se puede adquirir por la prescripción ordinaria de cinco años, de conformidad con lo que dispone el art. 1314, en los siguientes términos: El derecho de petición de herencia expira en quince años. Pero el heredero putativo, en el caso del inciso final del art. 738, podrá oponer a esta acción la prescripción de cinco años, contados como para la adquisición del dominio.

Las servidumbres.— Para lo concerniente a la prescripción adquisitiva de las servidumbres, el num. 2º del art. 2436 se remite al art. 946.

Por lo tanto, las servidumbres discontinuas de todas clases y las servidumbres continuas no aparentes sólo pueden adquirirse por medio de un título; ni aun el goce inmemorial bastará para constituirlas.

Las servidumbres continuas y aparentes pueden adquirirse por título o por prescripción de cinco años, contados como para la adquisición del dominio de los fundos.

Prescripción y jurisdicción.— El procedimiento tendiente a obtener que se reconozca como adquirido por prescripción el dominio o cualquier otro de los derechos reales es materia propia de la jurisdicción contenciosa.

"En verdad, afirma el profesor Lovato, el declarar que uno ha perdido por prescripción el dominio sobre una cosa, y que, en consecuencia, otro lo ha adquirido, no es, no puede ser asunto de jurisdicción voluntaria sino contenciosa, porque en este caso hay dos partes con intereses opuestos, hay contradictorio, el derecho del uno se enfrenta, se opone al del otro".

En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema.

La prescripción adquisitiva no surte efectos de pleno derecho.- Según el art. 2417, el que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla. El juez no puede declararla de oficio.

Esta disposición está de acuerdo con el principio general del derecho procesal el cual consiste en que los jueces deben actuar sólo a petición de parte interesada. Los pronunciamientos de oficio constituyen casos de excepción.

La disposición tiene además un fundamento de equidad. Como el antecedente de la prescripción, o sea la posesión, puede tener algunas veces un origen dudoso, está bien que la ley deje al arbitrio de cada uno el aprovechar o no los beneficios de la prescripción adquisitiva.

Renuncia de la prescripción.— Los arts. 2418, 2419 y 2420 contienen normas aplicables a la renuncia de la prescripción.

La prescripción, dice el art. 2418, puede ser renunciada expresa o tácitamente; pero sólo después de cumplida.

Según esta regla "no se puede renunciar por anticipado a la prescripción", porque ésta, como enseña Planiol, es de orden público.

En cambio, una vez cumplida, puede renunciarse la prescripción porque la renuncia no afecta a la institución misma, sino a un derecho patrimonial del renunciante. Según el art. 11, podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida su renuncia.

Alcance de la renuncia.— "El poseedor, dice Planiol, renunciando a la prescripción en el momento en que ésta se cumple, aparentemente se despoja de un bien que le es propio consintiendo un acto translativo de propiedad en provecho ajeno; pero no es más que en apariencia. La prescripción no surte efectos de pleno derecho: ha de ser alegada, no pudiendo el juez estimarla de oficio. Como consecuencia, cuando el que ha prescrito renuncia a la prescripción, deja de aprovechar un medio que la ley le facilita para hacerse propietario: puede decirse, en cuanto a él, que ha desechado una ocasión para adquirir, que ha renunciado a hacer entrar un bien en su patrimonio; pero sería inexacto decir que lo ha enajenado".

De acuerdo con esta doctrina se dice que la renuncia de la prescripción tiene un carácter abdicativo y no translativo. El renunciante no enajena.

Renuncia expresa o tácita.— La renuncia de la prescripción puede ser expresa o tácita.

La renuncia expresa debe constar de una declaración inequívoca.

La renuncia tácita se produce cuando el que puede alegarla manifiesta por un hecho suyo que reconoce el derecho del dueño. Por ejemplo, cuando cumplidas las condiciones legales de la prescripción, el poseedor de la cosa la toma en arriendo (art. 2418, inc. 2º).

Facultad y capacidad para renunciar la prescripción.— No puede renunciar a la prescripción sino el que puede enajenar (art. 2419).

El art. 2419 no significa que la renuncia de la prescripción consista en una enajenación. Pero la ley exige que el renunciante pueda enajenar debido a la importancia de la renuncia, que priva al que la

hace de obtener un enriquecimiento patrimonial.

¿Requiere la renuncia de la prescripción la plena capacidad de ejercicio?

Según Vodanovic, que sigue a Alessandri y a Somarriva, la ley exige en el renunciante "el poder de disposición del derecho de que se trate, y por ende, no la capacidad plena y general de ejercicio, como sostienen algunos, sino la capacidad para enajenar el derecho determinado que podría haberse incorporado o haber permanecido en el patrimonio del prescribiente si éste hubiera aprovechado del beneficio legal. Así resulta de los términos de la ley, que hablan, no de la capacidad de enajenar, sino del que puede enajenar, o sea, del que tiene el poder de disposición, que, como se dijo oportunamente, siempre se refiere a un derecho determinado".

No es admisible la excepción de prescripción alegada por los herederos, cuando, llamados a juicio en lugar de su causante, ella se funda en la posesión exclusiva de los demandados; pues, la admisibilidad de las excepciones depende, en el caso, de que ellas hubieran podido proponerse por el causante; y como la aludida de prescripción, por referirse a un derecho estrictamente personal del heredero que la ha alegado, no es de esa naturaleza, el juez tiene que repelerla.— Gaceta Judicial, Serie I, No. 11.

Para que la prescripción ordinaria sea admisible en contra de menores, (cinco años según el actual art. 2432), desde que salieron de la menor edad, es menester que hayan transcurrido los diez años prefijados por el art. 2490 ya que dicha prescripción se suspende en favor de ellos.— Gaceta Judicial, serie I, No. 92.

"...no puede declararse en la sentencia la prescripción que no ha sido alegada oportunamente...".— Gaceta Judicial, serie I, No. 111.

La prescripción, como acción o como excepción, debe alegarse expresamente conforme al art. 2475 (2417); y, por consiguiente, no se entiende haberla propuesto, por alegarse en la contestación a la demanda el dominio, en general.— Gaceta Judicial, serie II, No. 104.

Conforme al art. 2486 (2428), por haber demandado uno de los herederos la parte de la herencia que a él le correspondía y citándose la demanda, se ha interrumpido la prescripción aun respecto de los otros.— Gaceta Judicial, serie II, No 135.

El tenedor de un título no inscrito, carece de derecho para alegar, fundado en él, posesión propia, como carece también del de invocar, en su favor, la del vendedor y más antecesores.— Gaceta Judicial, serie II, No. 99.

Las disposiciones de los arts. 690, 716 y 2487 (736, 762 y 2431) si se conforman y armonizan respecto de la prescripción ordinaria, para la cual se requiere, necesariamente, justo título, no son aplicables a la extraordinaria. Esta se rige por las disposiciones peculiares de los arts. 2492 y 2493 (2434 y 2435), según los cuales se adquiere el dominio de cosas comerciales, sin necesidad de título alguno y presumiéndose de derecho la buena fe del poseedor. Es admisible en el juicio de deslinde, la prescripción extraordinaria que se alegue.— Gaceta Judicial, serie III, No. 127.

"La posesión en el derecho de dominio sobre inmuebles se prueba con la inscripción del título".— Gaceta Judicial, serie III, No. 132.

No puede servir de título para la prescripción adquisitiva ordinaria a favor de los legatarios, el testamento nulo que es el fundamento del derecho de éstos, según lo dispuesto en el art. 692 (738).— Gac. Jud., serie IV, No. 10.

No cabe que un comunero que ha tenido la cosa común como copartícipe de ella alegue, contra otro de los comuneros, la prescripción del todo o de una parte de ella.— Gaceta Judicial, serie IV, No. 44.

La prescripción extraordinaria no se justifica con declaraciones de testigos, si éstos no establecen de modo inequívoco que el poseedor se hubiese dado por dueño del inmueble, cultivándolo por cuenta propia y aprovechándose de sus frutos, exclusivamente, por actos repetidos y constantes, durante treinta años, por lo menos, y que los hubiesen presenciado, ni dan cuenta exacta de la época inicial de la posesión... Basta que el demandado haya reconocido el dominio de otro, aunque realmente éste no lo tuviere en el predio cuestionado, para que falte a aquel la prueba de su posesión, esto es que haya tenido el predio con ánimo de señor o dueño. Siendo de resolverse el dominio del demandante, proveniente de la prescripción extraordinaria alegada por él, es inaplicable al caso, dadas la naturaleza del juicio y la traba de la litis, la presunción establecida en el art. 688 (734) inciso segundo.— Gaceta Judicial, serie V, No. 59.

La sentencia de un juicio reinvindicatorio de terrenos, carece de valor probatorio si no se ha inscrito en el Registro de la Propiedad, como debía serlo, conforme a los arts. 678 (724) y 2495 (2437) del Código Civil.— Gaceta Judicial, serie V, No. 152.

Si el poseedor tiene título legítimo de dominio y posesión de un fundo, no puede hablarse de prescripción, ya que ésta es un modo de adquirir las cosas ajenas y sólo le es necesaria al que posee sin título alguno o con uno suficiente.— Gaceta Judicial, serie VI, No. 3.

La jurisprudencia ecuatoriana, de acuerdo con los principios y normas fundamentales de legislación civil, ha reconocido que la prescripción, en general, como modo de adquirir los bienes y derechos ajenos o de extinguir las acciones judiciales, puede hacerse valer, como acción, mediante el amplio trámite de la vía ordinaria, o como excepción, cuando ya esté producida, para que el juez la declare; toda vez que quien quiere aprovecharse de la prescripción debe alegarla... Si, pues, conforme estatuye claramente el art. 2494 (2436), se adquieren los derechos reales por la prescripción extraordinaria de la misma manera y por las mismas reglas que el dominio, es evidente que éstas se aplican también al derecho de herencia que versa sobre la universalidad de los bienes, y con mayor razón a tales o cuales especies que pueden poseerse y prescribirse con el ejercicio de hechos intencionados y positivos de aquellos a que sólo el dominio da derecho y que se hallan enumerados en el art. 916 (989)...— Gaceta Judicial, serie VII, No. 11.

Para resolver el juicio sobre reinvindicación de un terreno que ha sido vendido dos veces, primero al demandado y luego al actor, cuyos títulos provienen de la misma fuente, se considera "que la venta hecha al demandado, anterior al acto particional, se consolidó con la adjudicación al vendedor del terreno enajenado; y los herederos y sucesores de dicho vendedor, no pudieron transmitir al actor un derecho de propiedad de que carecían, derecho que desde antes de que efectuaran la venta a favor del actor radicaba en la persona del actual poseedor y demandado, por la inscripción anterior de su título, según los arts. 706 y 1.334 (752 y 1.387), del Código Civil".

La sentencia expedida en ejercicio de jurisdicción voluntaria, que declara la prescripción extraordinaria de dominio en favor del solicitante, carece de valor legal porque el juez no tuvo competencia para dictarla, ya que el asunto debió necesariamente ser resuelto en juicio contencioso, conforme al art. 3 del Código de Procedimiento Civil. La acción reinvindicatoria interpuesta con fundamento de esa sentencia es inadmisible, pues, siendo indispensable para la procedencia de tal acción la comprobación del dominio mediante título, la antedicha sentencia carece de valor.— Gaceta Judicial, serie VIII, No. 8.

La sentencia ejecutoriada que declara una prescripción adquisitiva de dominio, si bien produce efecto de cosa juzgada para las partes ligadas a ella, puede ser objetada por terceros, en juicio ordinario, cuando se la hace valer en su contra como título inscrito, ya que no puede tener más fuerza probatoria que una escritura pública, como lo evidencia el art. 2531 (2437) del Código Civil, que ordena que la sentencia judicial que declara una prescripción hará las veces de escritura pública para la propiedad de bienes raíces o de derechos reales constituídos en ellos; pero no valdrá contra terceros sin la competente inscripción. Presentada como título de la acción reinvindicatoria la sentencia inscrita que declara la prescripción adquisitiva de dominio del predio que se trata de reinvindicar, es admisible la objeción opuesta a esa sentencia en el sentido de que el juez, apartándose de las normas jurídicas y los méritos del proceso, declaró en ese fallo oficiosamente la prescripción extra-

ordinaria que en ningún momento fue alegada, violando así la disposición del art. 2475 (2417) del Cód. Civil.— Gaceta Judicial, serie VIII, No. 8.

Según el sentido de la Ley y de la jurisprudencia, se considera como plazo y no como término el período de tiempo que se requiere para que se opere una prescripción, sea ésta adquisitiva o extintiva. G. J., serie VIII, No. 13.

PRIMERO: Efraín y Gonzalo Avilés Cáceres dicen en su escrito de demanda que han poseído por veinticuatro años o más, sin violencia, clandestinidad ni interrupción, la casa No. 353 de la calle Francia de la ciudad de Quito, y su terreno adjunto, dentro de los linderos que indican: hecho que les adjudica la calidad de verdaderos dueños de aquel inmueble y les otorga el derecho para obtener de la justicia la transferencia de dominio conforme a las disposiciones de los arts. 739 (734), 2514 (2422) y 2526 (2434) reglas 1o., 2o. y 3o. del Código Civil. Que sus abuelos Nicolás Avilés Alarcón y Margarita Gallegos de Avilés, cuya residencia y domicilio habituales tuvieron en Guamote hasta su muerte, habían comprado ese inmueble a... sin que jamás llegaran a ocupar dicha casa. Que fallecidos el 27 de junio y 15 de octubre de 1966, respectivamente, quedó como único y universal heredero Herminio Avilés Gallegos, padre de los actores. Con este antecedente demandan a Herminio Avilés Gallegos y a cualquiera otra persona que pretenda derechos en dicho inmueble, dentro de los límites y demarcación invocados, para que, en mérito de las pruebas que presentarán, se declare que han adquirido el dominio de ellos por prescripción y que, en consecuencia, debe procederse a la cancelación del título translativo de dominio y la inscripción del título de dominio a su favor. Piden se inscriba la demanda... Citado el demandado e inscrita la demanda, Avilés Gallegos la contesta oponiendo las siguientes excepciones: 1o. ... Que el hecho de que sus padres y él hayan permitido que vivan en la casa los actores a manera de comodato precario porque no se ha fijado tiempo para la restitución, y que la administren a nombre de sus dueños, desde hace poco tiempo, no les da derecho a reclamar la propiedad de la misma que simplemente están tratando de apropiarse de aquello que no les pertenece... 2º) Que hay falta de derecho en los demandantes, pues, de acuerdo con lo que afirman en la demanda, por las edades que tienen no pudieron ser poseedores por sí mismos, si es que creen ser tales, durante el tiempo que afirman 3o.) Que hay improcedencia de la acción porque no se indica en la demanda en qué clase de juicio debe tramitarse... Así quedó trabada la litis.— SEGUNDO: El juez provincial ha resuelto las dilatorias.— TERCERO: Con las declaraciones de... los actores han probado que desde diciembre de 1942 han poseído la casa y terreno a que se refiere la demanda, sin clandestinidad ni violencia y en forma ininterrumpida. Esta prueba no ha sido contradicha por el demandado.— CUARTO: La misma prueba de testigos dice que esa posesión de la casa que fue de los abuelos paternos de los actores, la tomaron por hallarse abandonados a su esfuerzo, y sin protección de su padre, y por lo mismo es suficiente para destruir la posible presunción de que no fueron poseedores, sino tenedores del inmueble... QUINTO: Los testigos... dan razón de los actos posesorios realizados por Néstor Efraín y Gon-

zalo Avilés Cáceres.— SEXTO: El demandado no ha probado su excepción de que permitieron que los actores vivan en el inmueble a que se refiere la demanda en calidad de comodatarios y que lo administren a su nombre. Si el comodato es un contrato real y puede probarse por testigos, cualquiera que sea el valor de la cosa prestada, no se ha presentado siquiera esa prueba.— SEPTIMO: Afirman en su demanda Néstor Efraín y Gonzalo Avilés Cáceres que por el lapso de veinticuatro años más o menos, han poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción la casa No. 353 de la calle Francia. El demandado alega la falta de derecho de éstos, pues, dice, que de acuerdo con lo que afirman en la demanda, por las edades que tienen, no pudieron ser poseedores por sí mismos, si es que creen ser tales, durante el tiempo que afirman. La demanda es presentada el 30 de agosto de 1967. Las partidas de legitimación indican las edades de los actores. La ley establece como regla la capacidad de las personas, esto es la aptitud para adquirir derechos. Las limitaciones que establece se refieren al ejercicio. La posesión es un hecho. El art. 739 (734) del Código Civil la define como la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño. Esto explica por qué esa tenencia puede tenerla el menor adulto, porque el ánimo que la tenencia expresa no se refiere al ejercicio de derechos, puesto que según nuestro sistema la posesión es un hecho del que se generan derechos. Esas consideraciones llevan a no aceptar la excepción segunda formulada por el demandado.— OCTAVO: El juez dio a la causa el trámite ordinario. Ese, y no otro, es el legal, atento lo que reclama la demanda. Aunque en ella no se diga en qué trámite planteaba el reclamo, la omisión no vuelve improcedente la demanda, atento lo que dispone el art. 74 del Código de Procedimiento Civil. El juez suplió la omisión y al hacerlo procedió en derecho... Gaceta Judicial, Serie XI, No. 9.

Quito, 28 de septiembre de 1970.— Vistos: María M. Correa recurre de la sentencia en que la Tercera Sala de la Corte Superior de Quito, revocando la del inferior, acepta la demanda propuesta contra aquella por Edelina Pillajo para que se declare que ha adquirido determinado inmueble por prescripción extraordinaria. La Sala, para resolver, considera: PRIMERO: Asevera la Pillajo que desde hace más de treinta años posee tranquila e ininterrumpidamente el predio No. 195 de la Av. 5 de Junio, en la parroquia La Magdalena del Cantón Quito, dentro de los linderos que señala; que como María M. Correa pretende, por todo medio, privarle de la posesión del indicado inmueble, demanda a ésta para que se declare por sentencia que lo ha adquirido en propiedad por prescripción extraordinaria.— SEGUNDO: María M. Correa niega los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, y enumera los títulos en virtud de los cuales adquirió el dominio del inmueble al que la demanda se refiere... QUINTO: En estas circunstancias es ajena al caso la condición de propietaria del predio que alega en su favor la demandada, y es errónea la insistente alegación de ésta, recogida lamentablemente en el fallo de primera instancia, de que frente al derecho de propiedad que se pretende se hallaba radicado en la persona de María M. Correa, no podía operar la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, si, justamente, dentro del sistema vigente (art. 2526 del Código Civil), la mera posesión material sin

título alguno, si se mantiene tranquila e ininterrumpidamente durante quince años, trae como consecuencia la extinción del dominio del anterior propietario y la adquisición del mismo por parte del poseedor.- G. Jud., Serie XI, No. 12.

JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

PRESCRIPCION ADQUISITIVA

(Situación del vendedor que, no obstante estar consumada la tradición, conserva materialmente en su poder el inmueble vendido. El vendedor que retiene el objeto vendido no es poseedor sino simple tenedor).

a) De conformidad con los artículos 1849 y 1880 (1791 — 1975) del C. C., el perfeccionamiento del contrato de compraventa genera para el vendedor la obligación de hacer la entrega o tradición de la cosa vendida.

b) Según los artículos 740, 742 y 743 (705, 707 y 708) del mismo Código, la tradición supone como requisito esencial la voluntad del tradente de transferir el dominio de la cosa objeto de aquélla, y la del accipiens de adquirirla.

c) De la combinación de los principios que quedan recordados, se desprende que si se vende un bien raíz y se cumple la tradición de lo vendido mediante el registro de la escritura respectiva, el vendedor necesariamente está reconociendo con ello que el dominio del inmueble ha dejado de estar radicado en su cabeza, que el comprador ha pasado a ser el dueño del mismo, consecuentemente que su condición de poseedor de ese bien ha cesado, así lo conserve materialmente en su poder. Es decir, por lo que a este último respecta, que los elementos de la posesión o sea el **corpus** y el **ánimus**, dejan de estar reunidos en cabeza del vendedor. De donde viene a resultar que si el vendedor conserva materialmente la cosa en su poder, lo hace en lugar y a nombre del comprador, cuyo dominio obviamente han reconocido al transferírselo, asumiendo por consiguiente frente a la cosa la posición de un mero tenedor (artículos 762 y 775 del C.C.). (734 y 148).

a) Teniendo en cuenta todo lo anterior, constituye jurídicamente una contradicción afirmar que en las circunstancias examinadas, y por el mero hecho de que, no obstante estar consumada la tradición, el vendedor conserve materialmente el inmueble en su poder, este último continúa con la calidad que ya traía de poseedor material de ese inmueble, pues no es concebible que pueda una persona ejecutar un acto con la intención de transferir su voluntad de señorío sobre esa misma cosa, su ánimo de señor y dueño sobre ella:

e) Por lo tanto, quedando extinguida la posesión que tenía el vendedor sólo en virtud de la operancia de hechos nuevos puede ese vendedor volver a ser poseedor de la cosa por él vendida y tradida verbigracia, por la interversión del título. Pero es claro que si así sucede, su nueva posesión será distinta

de la que tuvo antes de enajenar el bien; y que si la nueva posesión deriva de una interversión del título, la falta de un eslabón jurídico que la ligue a la anterior hará imposible su acumulación para efectos de configurar con el conjunto una prescripción adquisitiva. Mediando interversión del título, es también claro que la posesión irregular que así se adquiera podrá llegar a consolidar una prescripción adquisitiva extraordinaria, siempre y cuando que se satisfagan las exigencias contempladas por las reglas 11 y 21 del numeral 3o. del artículo 2531 del C.C.;

(Numeral 4o. del artículo (2434).

f) Lo que se deja expuesto es tanto más cierto cuanto que aceptar lo contrario conduciría a admitir el absurdo de que la posesión anterior del vendedor, primer obligado a no perturbar al comprador, pudiera ser utilizada por aquél para fundar con ella una pretensión adquisitiva por prescripción contra éste. Y aún más, sería admitir el absurdo de que la posesión anterior del vendedor verdadero dueño, irrelevante por ello para efectos de la usucapión dado que nadie puede adquirir el dominio de lo que ya le pertenece **(quod meum est amplius meum fieri non potest)**, pudiera, después de perdida por enajenación de la cosa, hacerse relevante para ese mismo fin. **(Cas. Civ. mayo 12 de 1970).**

CAPITULO IX

DE LAS LIMITACIONES DEL DOMINIO

El dominio o propiedad es un derecho que se constituye y ejerce dentro de un ordenamiento económico, social y jurídico. Está a veces restringido por las exigencias del orden público y por el respeto debido a los derechos de todos los miembros de la comunidad.

El Título XIII del Libro II del Código Civil no se refiere, sin embargo, a este linaje de limitaciones o restricciones que son de orden público y caen bajo el régimen del Derecho Administrativo, del Constitucional y, en general, del Derecho Social.

Las limitaciones de que trata el Título VII son más bien disminuciones de los normales atributos del dominio, o privaciones que el titular de este derecho sufre en el ejercicio de las facultades que le corresponden.

¿Cómo ocurren estas limitaciones? Unas veces, como en la propiedad fiduciaria, el dominio que es naturalmente perpetuo se hace resoluble por haber de pasar a otra persona en virtud de una condición. Otras veces, como en el usufructo, el uso, la habitación y las servidumbres, una parte de las utilidades de la cosa sale del poder del dueño y se confiere a persona distinta. En el patrimonio familiar la facultad de disposición queda enervada o impedida, de modo que el dueño deja de ejercerla temporalmente. Finalmente, en la prenda y en la hipoteca, una persona que no es dueña de la cosa obtiene de ésta la seguridad de su crédito.

Hay que advertir que los derechos reales de goce, como el usufructo, el uso, la habitación y las servidumbres, antes de ser constituídos, no existen como tales derechos dentro del dominio. En otros términos: el propietario pleno no es al mismo tiempo usufructuario, usuario o habitador de la cosa que le pertenece, puesto que la usa y goza como dueño.

Ahora bien, al constituirse uno de tales derechos reales, la facultad que estaba involucrada en el dominio surge **ex novo**, con fisonomía propia, como un derecho de usufructo, uso, habitación o servidumbre. Por lo tanto, en estricto sentido jurídico, estos derechos no pasan, por tradición, del dueño al titular del nuevo derecho, sino que son constituídos en virtud de la desmembración o limitación del dominio.

DE LA PROPIEDAD FIDUCIARIA

Propiedad fiduciaria y sustituciones.— Origen y evolución histórica

La propiedad fiduciaria está estrechamente relacionada con las sustituciones, que son de origen romano.

"Las sustituciones fideicomisarias, dice Claro Solar, fueron conocidas entre los romanos desde los primeros tiempos, como una forma de las disposiciones de última voluntad; y en la práctica no tardaron en multiplicarse, pues no habiéndose concedido sino de una manera muy restringida la facultad de recibir por testamento, sucedía a menudo que un padre de familia que quería gratificar a personas a quienes la ley no admitía que les dejase cosa alguna, por ejemplo a los extranjeros, a los deportados, los proscritos, los célibes, disponía en favor de una persona capaz y se dirigía a su delicadeza y buena fe, rogándole que ejecutara ella misma una voluntad que la ley no había tomado en cuenta".

Explicado de este modo el origen de la institución, se comprende el significado de su nombre. Fideicomiso viene de "fiducia", que quiere decir confianza y de "conmittere" que significa encomendar. En realidad el cumplimiento de esta clase de disposiciones de última voluntad dependía exclusivamente de la honradez y buena fe del gravado con el encargo.

Bajo Justiniano los fideicomisos fueron protegidos y reglamentados de tal modo que se hizo obligatorio su cumplimiento.

Del Derecho romano pasaron al Derecho español las sustituciones fideicomisarias, pero con diverso alcance. Las Partidas legislaron sobre ellas y las leyes de Toro "ampliaron la facultad de vincular bienes raíces y fundar mayorazgos, patronatos, capellanías y obras pías", acentuaron su perpetuidad, establecieron un riguroso orden sucesorio, y crearon fideicomisos sucesivos que llegaron a constituir trabas a la libre circulación de los bienes en el comercio económico—jurídico.

Esta institución, con igual modalidad, tuvo también arraigo en Francia. Anota Laurent que las sustituciones eran el fundamento más sólido de la aristocracia, y la nobleza era inseparable del trono. "Tal es el origen, dice, de las sustituciones perpetuas, en que se daban o legaban los bienes al hijo mayor con la obligación de conservarlos y entregarlos a su hijo también mayor, quien a su vez los entregaría al suyo, y así hasta el infinito".

Las legislaciones modernas, en consonancia con las nuevas orientaciones del derecho, abolieron esta clase de sustituciones, vinculaciones y fideicomisos sucesivos. "Nada es más contrario al interés general, dice Claro Solar, que las sustituciones perpetuas o de muchos grados que, concentrando gran parte del suelo en unas cuantas manos, lo ponen fuera del comercio".

En nuestro Código la institución fideicomisaria está legislada de tal modo que no constituye rémora para el comercio económico—jurídico de los bienes.

Sin embargo el fideicomiso, según observa Pescio, "es una institución en decadencia; como ya ha ocurrido con el censo, está en franco proceso de fosilización".

Las sustituciones en el Código.— Se entiende por sustitución hereditaria la designación de una persona para que reciba la herencia o legado después del primer designado o a falta de éste.

Se conocen en nuestro Código dos clases de sustituciones: la vulgar y la fideicomisaria. La sustitución vulgar, dice el art. 1205, es aquella en que se nombra un asignatario para que ocupe el lugar de otro que no acepte, o que, antes de deferírsele la asignación, llegue a faltar por fallecimiento, o por otra causa que extinga su derecho eventual. Sustitución fideicomisaria, dice el art. 1213, es aquella en que se llama a un fideicomisario, que en el evento de una condición se hace dueño absoluto de lo que otra persona poseía en propiedad fiduciaria. La sustitución fideicomisaria se regla por lo dispuesto en el Título de la propiedad fiduciaria.

"La verdadera sustitución es la vulgar, dice Vodanovic. Sin embargo, en la fideicomisaria se considera que hay sustitución porque, cumplida la condición, el fideicomisario pasa a ocupar el lugar del primer llamado a recibir la cosa asignada, el fiduciario: el fideicomisario sustituye al fiduciario".

Definiciones.— Se llama propiedad fiduciaria, dice el art. 767, la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición. La constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso. Este nombre se da también a la cosa constituída en propiedad fiduciaria. La traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituído el fideicomiso, se llama restitución.

La propiedad fiduciaria o fideicomiso es el derecho real de propiedad resoluble. En virtud de la condición resolutoria, el dominio viene a tomar una modalidad peculiar porque se le ha introducido un elemento de caducidad que es extraño en el estado normal de este derecho.

Objeto del fideicomiso.— No puede constituirse fideicomiso sino sobre la totalidad de una herencia, o sobre una cuota determinada de ella, o sobre uno o más cuerpos ciertos.

Es decir que por el objeto en que recae, el fideicomiso puede ser universal o singular. Es universal si su objeto es una herencia o una cuota de ella, bien entendido que en la universalidad pueden estar comprendidas aun cosas fungibles. Es singular si su objeto es uno o más cuerpos ciertos. En este caso se excluyen las cosas genéricas porque, cumplida la condición, debe restituirse la misma cosa que fue objeto de la constitución.

Constitución del fideicomiso.— Los fideicomisos no pueden constituirse sino por acto entre vivos, otorgado en instrumento público, o por acto testamentario. La constitución de todo fideicomiso que comprenda o comprometa un inmueble, deberá inscribirse en el competente registro (art. 769).

La constitución del fideicomiso supone una doble liberalidad que hace el constituyente, primero en favor del fiduciario y después en favor del fideicomisario.

La constitución de todo fideicomiso es siempre solemne. Si se constituye por acto entre vivos, la solemnidad consiste en la escritura pública; y si se constituye por acto testamentario, la solemnidad es la del testamento.

Tanto el fideicomiso universal como el singular se pueden constituir por acto testamentario. En el primer caso se trata de institución de heredero porque el fideicomiso recae sobre la herencia o una cuota de ella. En el segundo caso se trata de un legado.

El fideicomiso puede ser también objeto de una donación revocable o irrevocable.

Donación revocable.— Las donaciones revocables a título singular son legados anticipados, y se sujetan a las mismas reglas que los legados (art. 1190). La donación revocable de todos los bienes o de una cuota de ellos se mirará como institución de heredero que sólo tendrá efecto desde la muerte del donante (art. 1191).

Ahora bien, puesto que donación revocable es lo mismo que donación por causa de muerte, toda donación o promesa que no se haga perfecta e irrevocable sino por la muerte del donante o promisor, es testamento, y debe sujetarse a las mismas solemnidades que el testamento. Exceptúanse las donaciones o promesas entre marido y mujer las cuales, aunque revocables, podrán hacerse bajo la forma de los contratos entre vivos. (art. 1060).

Donación irrevocable.— Donación irrevocable es lo mismo que donación entre vivos. Las donaciones fideicomisarias entre vivos, igual que todas las donaciones irrevocables, requieren de insinuación, esto es, de la autorización del juez competente, solicitada por el donante o el donatario. La donación que no se insinuare, sólo tendrá efecto hasta el valor de veinte mil sucres, y será nula en el exceso (artículo 1444).

Las donaciones a título universal, sea de la totalidad o de una cuota de los bienes exigen, además de la insinuación y del otorgamiento de escritura pública y de la inscripción en su caso, un inventario solemne de los bienes, so pena de nulidad. Si se omitiere alguna parte de los bienes en este inventario, se entenderá que el donante se los reserva, y no tendrá el donatario ningún derecho a reclamarlos (art. 1450). Estas donaciones no se extienden a los bienes futuros y exigen que el donante se reserve lo necesario para su congrua subsistencia (arts. 1451, 1452).

Las donaciones fideicomisarias se hacen irrevocables en virtud de la aceptación del fiduciario. El fideicomisario no se halla en el caso de aceptar hasta el momento de la restitución; pero podrá repudiar antes de ese momento (art. 1456).

Es de advertir que, aceptada la donación por el fiduciario y notificada la aceptación al donante, podrán los dos, de común acuerdo, hacer en el fideicomiso las alteraciones que quieran, sustituir un fideicomiso a otro, y aun revocar el fideicomiso enteramente, sin que pueda oponerse a ello el fideicomisario. Se procederá, para alterar en estos términos la donación, como si se tratase de un acto enteramente nuevo (art. 1457).

Inscripción.— La constitución de todo fideicomiso que comprenda o comprometa un inmueble, deberá inscribirse en el competente registro (art. 769).

¿Qué papel desempeña la inscripción?.— La respuesta depende de la forma en que se constituya el fideicomiso. Si por acto entre vivos, la donación es el título de la adquisición y la inscripción hace de tradición que es el modo de adquirir, tanto para el fiduciario como para el fideicomisario: el primero recibe la propiedad directamente del constituyente, y el segundo la recibe también del constituyente oblicuamente, "por el canal del fiduciario".

Si la constitución del fideicomiso es testamentaria, opera el modo de adquirir llamado sucesión por causa de muerte. El fiduciario sucede al constituyente y también el fideicomisario, aunque éste recibe siempre la propiedad por intermedio del fiduciario. En este caso la inscripción sirve tan sólo para dejar constancia del gravamen que afecta a la propiedad inmueble.

Elementos personales del fideicomiso.— En todo fideicomiso intervienen tres personas, que son: el constituyente, el fiduciario y el fideicomisario.

Constituyente.— Es la persona que constituye la propiedad fiduciaria, o sea, es el autor de la doble liberalidad. Si por ejemplo dice Juan: lego mi casa a Pedro, la cual pasará a Diego si se gradúa de abogado, Juan es el constituyente o fideicomitente; Pedro es el fiduciario; Diego es el fideicomisario.

Fiduciario.— Es la persona que adquiere el derecho de propiedad resoluble.

Al deferirse el fideicomiso la propiedad sale del patrimonio del constituyente e ingresa en el patrimonio del fiduciario, de tal manera que éste, mientras está vigente el fideicomiso, es el único propietario de la cosa, si bien esta propiedad queda sujeta al gravamen de pasar a otra persona si se cumple la condición.

Frente al derecho del fiduciario no existe otro derecho de propiedad sobre la cosa objeto del fideicomiso.

Existencia del fiduciario.— Para que una persona pueda adquirir algún derecho es preciso que exista.

En armonía con este principio hay que aplicar las disposiciones legales que determinan el momento en que es preciso que exista el fiduciario.

Si la constitución del fideicomiso consiste en una donación entre vivos, se aplica la disposición del art. 1433 según la cual no puede hacerse donación entre vivos a persona que no existe en el momento de la donación.

Si la constitución es testamentaria, debe aplicarse la regla del art. 1027, según la cual, para ser capaz de suceder es necesario existir al tiempo de abrirse la sucesión; salvo que se suceda por derecho de transmisión, según el art. 1021, pues entonces bastará existir al abrirse la sucesión de la persona por quien se transmite la herencia o legado.

Pluralidad de fiduciarios.— El que constituye un fideicomiso puede nombrar no sólo uno, sino dos o más fiduciarios (art. 775).— Ejemplo: Dice el testador: dejo mi casa a Pedro y a Juan, y dispongo además que dicha casa sea de Diego cuando se case. Pedro y Juan son fiduciarios, co—propietarios del fideicomiso con derecho de acrecer, según veremos adelante.

Falta de designación del fiduciario.— Puede suceder que en la constitución del fideicomiso el constituyente omita designar el fiduciario, o que llegue a faltar el fiduciario designado. Ejemplo: dice el testador: dispongo que mi casa sea de Juan cuando se gradúe de abogado.

La ley ha resuelto expresamente este caso al disponer que, cuando en la constitución del fideicomiso no se designe expresamente el fiduciario, o cuando falte por cualquier causa el fiduciario designado, estando todavía pendiente la condición, gozará fiduciariamente de la propiedad el mismo constituyente, si viviere, o sus herederos (art. 780).

Hay que advertir que la falta del fiduciario designado produce el efecto previsto en el art. 780 cuando ocurre antes de deferirse el fideicomiso, porque si el fiduciario designado llega a faltar después, la propiedad no pasará a los herederos del constituyente, sino a los herederos del fiduciario fallecido ya que la propiedad fiduciaria puede transmitirse por causa de muerte, salvo cuando el día prefijado para la restitución es el de la muerte del fiduciario (art. 783).

Fideicomisario.— Es la persona que adquiere la propiedad absoluta, es decir, no resoluble, cuando se cumple la condición.

Ejemplo: Dice el testador: lego mi casa a Pedro, la que será de Juan cuando se case. El fideicomisario es Juan, porque al cumplirse la condición adquiere la propiedad sin el carácter resolutorio que tenía en manos de Pedro.

Pluralidad de fideicomisarios.— El que constituye un fideicomiso puede nombrar, no sólo uno, sino dos o más fideicomisarios (art. 775).

Conjuntos.— Los fideicomisarios se denominan conjuntos si están en el mismo grado; es decir, si en el caso de cumlirse la condición, debe restituirse la cosa a todos ellos.

Ejemplo: Se lega una casa a Juan disponiéndose que pase a Pedro, a Diego y a Tomás cuando concluyan sus estudios universitarios. En este caso los tres fideicomisarios son conjuntos y, como no puede haber sino una restitución, se restituirá la totalidad del fideicomiso a aquél o aquellos respecto de los cuales se cumpla la condición, mientras que los otros fideicomisarios entrarán al dominio y goce común de la cosa a medida que se cumpla, respecto de cada uno, la condición impuesta. Pero expirados quince años contados a partir de la delación del fideicomiso, no se dará lugar a ningún otro fideicomisario.

Lo mismo ocurrirá si se nombran dos o más fideicomisarios que al tiempo de deferirse el fideicomiso no existen, pero cuya existencia se espera (art. 779).

Sustitutos.— Cuando sean varios los fideicomisarios, éstos podrán ser sustitutos unos de otros.

Ejemplo: Se lega una casa a Juan y se dispone que sea de Pedro cuando se gradúe de abogado o, en defecto de éste, de Diego cuando se case. Diego es sustituto de Pedro, y sólo tendrá derecho a la propiedad de la casa a falta de Pedro que es el designado en primer lugar.

El constituyente puede dar al fideicomisario los sustitutos que quiera para el caso de que deje de existir antes de la restitución, por fallecimiento u otra causa. Estas sustituciones pueden ser de diferentes grados, sustituyéndose una persona al fideicomisario nombrado en primer lugar, otra al primer sustituto, otra al segundo, etc. (artículo 776).

Debe tenerse presente que la sustitución tiene lugar sólo cuando el fideicomisario anterior falta antes de cumplirse la condición porque, una vez cumplida, el fideicomisario recibe la propiedad sin el gravamen de pasarla a otra persona y se extingue el fideicomiso.

No se reconocerán otros sustitutos que los designados expresamente en el respectivo acto entre vivos o testamento. (art. 777).

Los fideicomisos sucesivos están prohibidos, de manera que un fideicomisario no puede recibir la cosa con el gravamen de restituirla, a su vez, a otra persona. Se prohibe, dice el art. 778, constituir dos o más fideicomisos sucesivos, de manera que restituído el fideicomiso a una persona, lo adquiera ésta con el gravamen de restituirlo eventualmente a otra.

Puede ocurrir que, pese a la indicada prohibición, se constituyan fideicomisos sucesivos. Tal constitución sería válida porque la ley ha designado otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención. Este efecto está señalado en el inc. 2º del art. 778. Si de hecho se constituyeren, adquirido el fideicomiso por uno de los fideicomisarios nombrados, se extinguirá para siempre la expectativa de los otros.

Falta de designación del fideicomisario.— No está previsto en el Código el caso en que no se designe expresamente el fideicomisario.

Algunos comentaristas consideran que este caso puede resolverse aplicando por analogía lo dispuesto en el art. 780 para la falta de designación del fiduciario. Según esta opinión, si falta el fideicomisario antes de deferirse el fideicomiso por no haber sido designado o por otra causa cualquiera, tomará la calidad de tal el mismo constituyente si viviere, o sus herederos.

La Corte de Santiago, en fallo de 15 de abril de 1943, resolvió que el constituyente no puede ser fideicomisario, porque... "como la ley lo faculta para gozar la cosa por el fiduciario que faltare, resultaría que en una misma persona podrían reunirse las tres calidades de constituyente, fiduciario y fideicomisario, lo que pugna con la naturaleza del fideicomiso".

Existencia del fideicomisario.— El principio de que para ser capaz de adquirir derechos es necesario existir, debe también tenerse en cuenta tratándose del fideicomisario.

Ahora bien, el momento señalado para que el fideicomisario adquiera derechos es el del cumplimiento de la condición. Por consiguiente, sólo en dicho momento es preciso que exista.

A esto se debe que el art. 771 disponga que el fideicomisario puede ser persona que al tiempo de deferirse la propiedad fiduciaria no existe, pero cuya existencia se espera, en concordancia con el inc. 2º del art. 1027 según el cual si la herencia o legado se deja bajo condición suspensiva, será preciso existir en el momento de cumplirse la condición.

La existencia del fideicomisario es necesaria el día señalado para la restitución, que es cuando se cumple la condición, porque en ese día nacen para él los derechos derivados de la institución fideicomisaria.

En concordancia con este principio el art. 772 dice que el fideicomiso supone siempre la condición expresa o tácita de existir el fideicomisario a la época de la restitución. También el art. 1456, inc. 2º, dispone que el fideicomisario no se halla en el caso de aceptar la donación hasta el momento de la restitución.

La condición.— El fideicomiso histórico se presenta como una institución de características cambiantes. En el fideicomiso puro y simple el fiduciario debía entregar inmediatamente los bienes a él confiados. Después se introdujo la regla del tractu temporis según la cual debía transcurrir algún tiempo desde la recepción de la propiedad por el fiduciario hasta la entrega al fideicomisario. Era el fideicomiso a término en que el fiduciario entregaba los bienes en el plazo o término predeterminado por el constituyente. En esta modalidad la restitución era cierta, de modo que el fideicomisario adquiría su derecho desde el momento de la constitución del fideicomiso. Finalmente se estructuró la sustitución fideicomisaria condicional, más o menos semejante a la reglada en nuestro derecho civil.

Al definir la propiedad fiduciaria el art. 767 dice que es la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición. La condición es, por consiguiente, elemento integrante del fideicomiso.

Al decir de Castán, se puede definir la condición como "una determinación agregada a un negocio jurídico, mediante la cual se hace depender de un hecho futuro e incierto la producción o la extinción de los derechos de aquél".

El Código define la condición en los arts. 1120 y 1516. Asignación condicional, dice el primero, es, en el testamento, aquella que depende de una cnodición, esto es, de un suceso futuro e incierto, de manera que, según la intención del testador, no valga la asignación si el suceso positivo no acaece o si acaece el negativo. El segundo dice que es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro que puede suceder o no.

La condición es, según esto, como expresa Claro Solar, "una modalidad que hace eventuales todos los derechos, subordinándolos a un acontecimiento ulterior; y con esta palabra puede, según los casos, designarse o la modalidad misma, o sea la subordinación de un derecho a un acontecimiento futuro de que depende, o el acontecimiento mismo, a que, según se realice o no, está subordinada la relación de derecho".

Plazo y condición.— Tanto el plazo como la condición son acontecimientos futuros. No pueden referirse a días o sucesos cumplidos o sucedidos ya. La diferencia entre plazo y condición es, sin embargo, profunda: el plazo es cierto y necesariamente se ha de cumplir. La condición es incierta y puede suceder o no.

Asignaciones condicionales.— En el sistema del Código son asignaciones condicionales las siguientes: a) las que se hacen hasta día incierto e indeterminado. Es día incierto e indeterminado si no se sabe si ha de llegar, ni cuándo, como el día en que una persona se case (art. 1131 inc. 4º y 1133).— b) La asignación desde día cierto pero indeterminado, el cual envuelve la condición de existir el asignatario en ese día. El día es cierto pero indeterminado, si necesariamente ha de llegar, pero no se sabe cuándo, como el día de la muerte de una persona (arts. 1131, inc. 2º, y 1133). Hay que advertir que cuando la asignación se hace a favor de un establecimiento permanente, deja de ser condicional porque se sabe que ha de existir el asignatario en ese día.— c) La asignación desde día incierto, sea determinado o no. El día es incierto, pero determinado, si puede llegar o no; pero suponiendo que haya de llegar, se sabe cuándo, como el día en que una persona cumpla veinticinco años (arts. 1131 inc. 3º, y 1136).

Suspensiva y resolutoria.— Es, a no dudarlo, la clasificación fundamental porque sirve para precisar la situación jurídica del fiduciario y del fideicomisario. Puig Peña señala que "esta clasificación es la más importante de todas y alrededor de ella gira toda la doctrina del negocio jurídico".

La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho; y resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho (art. 1522).

Si el testador dice: Lego mi casa a Pedro, la cual será de Juan si se casa, instituye un fideicomiso. Pedro es fiduciario y Juan es fideicomisario. La restitución depende de que se cumpla o no la condición que consiste en que se case Juan. Por consiguiente, la condición es suspensiva para el fideicomisario y resolutoria para el fiduciario.

Expresa y tácita.— Se llama expresa la condición "establecida con palabras claras y terminantes por quien hace la declaración"; y tácita "aquella que si bien de una manera clara y terminante no se ha establecido, se supone puesta por deducirse su existencia de modo lógico y racional, bien de la naturaleza del acto, o de las cláusulas en donde se manifestó la declaración, o de la ley misma".

En el Código tenemos la condición resolutoria tácita a que se refiere el art. 1532: en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Tratándose de la propiedad fiduciaria, el art. 772 establece que el fideicomiso supone siempre la condición expresa o tácita de existir el fideicomisario o su sustituto a la época de la restitución. Pero hay que insistir en que la existencia del fideicomisario el día señalado para la restitución es condición tácita cuando dicha existencia es eventual. Por lo tanto, no habrá tal condición tácita si la existencia del fideicomisario en ese día es cierta o necesaria.

La condición tácita sólo puede provenir de la declaración de la ley o de la voluntad de las partes, deducida de las cláusulas del acto o contrato. "Las condiciones que no tienen su origen en la ley dice Claro Solar, resultan de la naturaleza misma del contrato o de las cosas que constituyen su objeto, de las circunstancias y contexto de las estipulaciones de las partes" "Por vía de interpretación podrían establecerse condiciones a que las partes no hubieran accedido ni siquiera tácitamente".

Posibles e imposibles.— Es condición posible la que puede cumplirse, e imposible la que no puede cumplirse, ya por consistir en un hecho contrario a la naturaleza o porque contraviene los principios del Derecho. Es físicamente imposible la contraria a las leyes de la naturaleza y moralmente imposible la que consiste en un hecho prohibido por las leyes, o es opuesta a las buenas costumbres o al orden público. Se mirarán también como imposibles las que están concebidas en términos ininteligibles (art. 1518).

Ahora bien, la condición de que depende la restitución de la propiedad fiduciaria debe ser física y moralmente posible. En caso contrario no hay condición. Si la condición suspensiva es o se hace imposible, se tendrá por fallida. A la misma regla se sujetan las condiciones cuyo sentido y el modo de cumplirlas son enteramente ininteligibles y las condiciones inductivas a hechos ilegales o inmorales. La condición resolutoria que es imposible por su naturaleza, o ininteligible, o inductiva a un hecho ilegal o inmoral, se tendrá por no escrita (art. 1523).

Positivas y negativas.— La condición es positiva o negativa. La positiva consiste en que acontezca una cosa; la negativa en que una cosa no acontezca. La condición positiva debe ser física y moralmente posible (arts. 1517, 1518).

Conjuntas y alternativas.— Esta clasificación atiende a la necesidad de que se cumplan todas o una sola de las condiciones.

Son condiciones conjuntas "las que se establecen unidas, afectando a una sola relación de derecho". Se las expresa unidas con una conjunción copulativa.

Son condiciones alternativas "las que, referidas a una misma relación jurídica, basta el cumplimiento de cualquiera para la perfección o caducidad —según su naturaleza suspensiva o resolutoria— del acto a que se agregan". Se las expresa intercalando entre ellas una conjunción disyuntiva.

En el fideicomiso, a la condición expresa o tácita de existir el fideicomisario a la época de la restitución, pueden agregarse otras, copulativa o disyuntivamente (art. 772).

Ejemplo de condiciones conjuntas: Dispongo que mi casa sea de Juan si se gradúa de abogado y si se casa. Deben cumplirse las dos.

Ejemplo de condiciones alternativas: Dispongo que mi casa

sea de Juan si se gradúa de abogado o si se casa. Basta que se cumpla una de las dos.

Estado de la condición.— La condición, después de constituído el fideicomiso, puede hallarse en una triple situación: pendiente, fallida y cumplida.

a) **pendiente:** Se dice que la condición está pendiente, "conditio pendet", cuando todavía no se realiza el acontecimiento en que consiste y se ignora si se realizará o no.

Mientras la condición está pendiente, la propiedad fiduciaria permanece en manos del fiduciario y no se verifica la restitución. En este estado de la condición, el fideicomisario no tiene derecho ninguno sobre el fideicomiso, sino la simple expectativa de adquirirlo (artículo 793).

b) **fallida:** La condición está fallida, "conditio deficit", cuando no llega a realizarse el acontecimiento en que consiste.

Toda condición de que penda la restitución de un fideicomiso, y que tarde más de quince años en cumplirse, se tendrá por fallida, a menos que la muerte del fiduciario sea el evento de que penda la restitución. Estos quince años se contarán desde la delación de la propiedad fiduciaria (art. 773). Si la condición es o se hace imposible, se tendrá por fallida (art. 1523). Se reputa haber fallado la condición cuando ha llegado a ser cierto que no se efectuará el acontecimiento que la constituye, o cuando ha expirado el tiempo dentro del cual el acontecimiento ha debido verificarse, y no se ha verificado (art. 1525).

El efecto de quedar fallida la condición consiste en la extinción de la propiedad fiduciaria (art. 795, num. 5º). En consecuencia, se consolida la propiedad absoluta en manos del fiduciario.

c) **cumplida:** La condición está cumplida, "conditio existit', cuando se ha verificado el acontecimiento que la constituye, en tiempo hábil.

La consecuencia de estar cumplida la condición consiste en que se realiza, "ipso jure", la restitución, se resuelve el derecho del fiduciario, la propiedad absoluta pasa a manos del fideicomisario y se extingue el fideicomiso (art. 795, num. 1º).

Caso en que existe doble gravamen.— El legislador prohibe expresamente la constitución de fideicomisos sucesivos porque quiere que cuanto antes se restablezca la propiedad absoluta. Pero per-

mite establecer dos gravámenes o limitaciones, aunque distintos y al mismo tiempo sobre la misma cosa.

Así ocurre cuando, en virtud del art. 770, una misma propiedad puede constituirse en usufructo a favor de una persona y en fideicomiso a favor de otra.

Ejemplo: Dice el testador: dejo a Pedro el usufructo de mi casa, y además dispongo que el día de su muerte, la casa sea de Juan.

En este ejemplo, Pedro tiene el usufructo vitalicio sobre la casa. Juan es fideicomisario porque se hará dueño de la casa si vive el día que muera Pedro. Los herederos del constituyente vienen a ser nudo propietarios fiduciarios.

Distinción entre el fideicomiso y el usufructo.— En ciertos casos puede resultar difícil decidir si una asignación constituye usufructo o fideicomiso.

A este propósito es muy útil considerar el pensamiento del legislador, expresado en la nota que don Andrés Bello dedicó al art. 888 del Proyecto Inédito. Dice:

"Para distinguir la sustitución fideicomisaria de la asignación de usufructo, se atenderá a las reglas siguientes:

"4º— Cuando el goce inmediato del objeto asignado se concede a una persona hasta día cierto o hasta un día que sólo puede dejar de venir para ella por acaecer su muerte en el tiempo intermedio, y se designa a otra persona a quien, terminado el usufructo, haya de pasar el objeto, bajo una condición cualquiera, en tal caso se confiere a la primera de dichas personas, no el usufructo, sino la propiedad fiduciaria del objeto, y la segunda no adquiere ni puede transmitir a sus herederos derecho alguno mientras penda la condición...".

5º— En general, toda condición impuesta a una asignación hace fideicomisario al asignatario y constituye una propiedad fiduciaria del mismo objeto en la persona que haya sido llamada al goce inmediato del objeto".

Derechos y obligaciones del fiduciario

El status o situación jurídica del fiduciario no es siempre idéntico; podrá variar según los términos en que esté constituído el fideicomiso. Se pueden considerar las siguientes situaciones:

1º— **Estado o situación más común.**— Cuando está pendiente la condición, el fiduciario es el único propietario de la cosa. Frente al suyo, no existe otro derecho.

Pero esta propiedad del fiduciario no es absoluta, sino resoluble. Y la calidad de resoluble disminuye las atribuciones del fiduciario, en comparación con las que le corresponden al propietario absoluto.

El fiduciario puede disponer de la cosa con el cargo de mantenerla indivisa, debido a la eventual restitución que tendría lugar si se cumpliese la condición. La propiedad fiduciaria, dice el art. 783, puede enajenarse entre vivos y transmitirse por causa de muerte; pero, en uno y otro caso, con el cargo de mantenerla indivisa y sujeta al gravamen de restitución, bajo las mismas condiciones que antes.

El cargo de mantener indivisa la propiedad fiduciaria impide al fiduciario efectuar enajenaciones parciales de la cosa. Puede enajenar o transmitir la totalidad del derecho que tiene sobre el fideicomiso, o una cuota del derecho "porque la cuota afecta a la universalidad y no fracciona la especie".

El fiduciario tiene también la libre administración de las especies comprendidas en el fideicomiso y podrá mudar su forma; pero conservando su integridad y valor. Será responsable de los menoscabos y deterioros que provengan de su hecho o culpa. (art. 790).

Para asegurar que la cosa se mantenga indivisa y conserve su integridad y valor, la ley ha reducido las atribuciones del fiduciario a las dimensiones que tiene el goce del usufructuario. El propietario fiduciario tiene, sobre las especies que puede ser obligado a restituir, los derechos y cargas del usufructuario, con las modificaciones que en los siguientes artículos se expresan (art. 786).

Estas modificaciones se refieren: a)— a la caución de conservación y restitución, que no está obligado a prestar sino en virtud de sentencia del juez, que así lo ordene (art. 787); b)— a las expensas extraordinarias para la conservación de la cosa, a que está obligado en los términos del art. 788; c)— a la imposición de gravámenes, para cuyo efecto los bienes que fiduciariamente se posean se asimilarán a los bienes de la persona que vive bajo tutela o curaduría y las facultades del fiduciario, a las del tutor o curador (art. 789); y d)— a que el fiduciario no tendrá derecho a reclamar cosa alguna en razón de mejoras no necesarias, salvo en cuanto lo haya pactado con el fideicomisario; pero podrá oponer en compensación el aumento de valor que las mejoras hayan producido en las especies, hasta concurrencia de las indemnizaciones que debiere (art. 791).

Al propietario fiduciario le corresponde la acción reinvindicatoria. La acción reinvindicatoria o de dominio, dice el art. 957 corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa. Le corresponden también las acciones posesorias, de conformidad con el art. 980.

El fiduciario no podrá tener la cosa que es objeto del fideicomiso sin previo inventario solemne, a su costa, como el de los curadores de bienes. Mediante el inventario se determinan, con precisión, los bienes que el fiduciario esté eventualmente obligado a restituir.

En cuanto a los demás derechos y cargas hay que remitirse a lo dispuesto para el usufructuario, de acuerdo al ya citado art. 786.

2º) **Goce arbitrario de la propiedad fiduciaria.**— El constituyente puede modificar los derechos que, en el estado ordinario del fideicomiso, corresponden al fiduciario.

Si por la constitución del fideicomiso, dice el inc. 1º del art. 792, se concede expresamente al fiduciario el derecho de gozar de la propiedad a su arbitrio, no será responsable de ningún deterioro.

Esto significa que el fiduciario queda relevado, entre otras cargas, de las que le impone el art. 790. No estará obligado, pues, a conservar la integridad y valor de la cosa; aunque, a juicio de Vodanovic, "no puede considerarse que esta exención llegue a comprender el dolo, destrucción voluntaria de la cosa dada en fideicomiso en vista de la restitución ya próxima, ni tampoco la culpa grave, que se asimila al dolo".

3º) **Libre disposición de la propiedad.**— El inc. 2º del art. 792 agrega que si al fiduciario se le concede además la libre disposición de la propiedad, el fideicomisario tendrá sólo el derecho de reclamar lo que exista al tiempo de la restitución.

De este modo, las facultades del fiduciario se amplían mucho más, provocando una situación que sale de la estructura del fideicomiso.

Esto es lo que, en la doctrina, se ha dado en llamar fideicomiso de residuo, porque el fideicomisario no puede reclamar sino lo que exista al tiempo de la restitución.

Para que haya fideicomiso de residuo, si se atiende a la letra del inc. 2º del art. 792, es menester que el constituyente conceda al fiduciario, tanto el derecho de gozar de la propiedad a su arbitrio,

como su libre disposición. Así se desprende del empleo que el legislador hace, en el inc. 2º, del adverbio "además".

4º) **Tenedor fiduciario.**— En sentido contrario el constituyente puede modificar la situación ordinaria del fiduciario si restringe sus facultades hasta el punto de convertirlo en mero administrador o tenedor de la cosa.

Si se dispusiere, dice el art. 781, que mientras pende la condición se reserven los frutos para la persona que en virtud de cumplirse o de faltar la condición adquiera la propiedad absoluta, el que haya de administrar los bienes será un tenedor fiduciario que sólo tendrá las facultades de los curadores de bienes.

Sobre esto anota Claro Solar: "Según lo disponga el constituyente, este tenedor fiduciario puede ser una tercera persona que administra los bienes del fideicomiso por cuenta de aquél a quien ha de corresponder la propiedad absoluta si se cumle o falta la condición; pero puede serlo también el mismo fiduciario a quien se imponga la carga de restituir los bienes con sus frutos si se cumple la condición. La redacción de la ley ha tenido en vista la primera situación, sin excluir la segunda, porque el testador puede haber dispuesto que el fiduciario reserve los frutos para restituirlos conjuntamente con los bienes, o que su obligación de restituir comprenda los frutos líquidos que haya producido el fideicomiso"... "En este caso el fiduciario no tendrá derecho alguno a los frutos, pues habrá de cumplirse la voluntad del constituyente que es la ley suprema en esta materia, voluntas defuncti in fideicommissum maxime valet".

Doble calidad en una misma persona.— Puede ocurrir que una persona reúna en sí el carácter de fiduciario de una cuota y de dueño absoluto de otra.

Ejemplo: Dice el testador: Dejo mis bienes a Juan y dispongo que la mitad de dichos bienes sea de Pedro si se gradúa de abogado. En este caso, mientras la propiedad permanezca indivisa, Juan ejercerá sobre ambas cuotas los derechos de fiduciario; pero podrá pedir la división (art. 785).

Derecho de acrecer entre fiduciarios.— Según Claro Solar, "podría definirse el derecho de acrecer diciendo que es la facultad que tiene uno o más de los asignatarios conjuntos para retener o hacer

suya la parte que en el mismo objeto asignado a todos ellos habría correspondido al coasignatario que no quiere o no puede recibir la asignación".

Don Andrés Bello dice que "el derecho de acrecer consiste en que si por muerte, incapacidad o indignidad falta uno de los conjuntos al tiempo de deferirse la asignación o deferida la repudia, pasa su porción a los otros conjuntos".

Destinado un mismo objeto a dos o más asignatarios, la porción de uno de ellos, que por falta de éste se junta a las porciones de los otros, se dice que acrece a ellas (art. 1.196).

De esto se sigue que el acrecimiento presupone que todos los coasignatarios sean llamados conjuntamente, es decir, todos a toda la asignación, sin que se haya determinado parte a cada uno de ellos. En tal caso se entiende que cada uno es llamado a la totalidad de la asignación.

Al establecer el acrecimiento, la ley interpreta la voluntad del constituyente o testador. Sólo tiene lugar si el constituyente no hubiere dispuesto que, terminado un usufructo parcial, se consolide con la propiedad (art. 812, inc. 2º).

El derecho de acrecer entre fiduciarios está legislado en el art. 782. Siendo dos o más los propietarios fiduciarios, dice este artículo, habrá entre ellos derecho de acrecer, según lo dispuesto para el usufructo en el art. 812, inc. 1º.

Como enseña Claro Solar, "en el usufructo constituído por testamento el acrecimiento puede ocurrir en dos situaciones diversas: la primera, cuando abierta la sucesión en que se constituye el usufructo con varios asignatarios conjuntos falta uno o más de ellos; y la segunda, cuando después de aceptado el usufructo y entregadas las cosas fructuarias a los usufructuarios existentes se verifica el hecho que hace cesar el usufructo de alguno de ellos. En el primer caso, el usufructo queda reducido a los usufructuarios existentes que pueden aceptarlo y que lo aceptan. En el segundo caso, el acrecimiento tiene lugar con preferencia a la consolidación del usufructo con la propiedad, en favor de los usufructuarios conjuntos que aún quedan. Es la naturaleza del derecho de usufructo lo que hace que tenga este doble efecto el usufructo constituído por testamento... De aquí que el usufructo se mantiene en su totalidad hasta la expiración del derecho del último de los usufructuarios en quien fue acreciendo sucesivamente, según lo expresa el art. 780 (812), ya que,

como lo establece el art. 1154 (1203), los coasignatarios de usufructo conservan el derecho de acrecer mientras gozan del usufructo y el usufructo no se extingue hasta que falte el último coasignatario".

Estas dos hipótesis se acomodan al carácter intransmisible del usufructo.

¿Sucede lo mismo con la propiedad fiduciaria?— A juicio de Vodanovic, que sigue a don Arturo Alessandri, "para estudiar la falta del fiduciario, hay que distinguir según que falte antes que se le defiera el derecho o después..."

"Puede suceder, dice, que existan varios fiduciarios. En tal caso de acuerdo con el art. 750 (782) existiría entre ellos el derecho de acrecer. En otros términos, quiere decir que si hay varios fiduciarios y falta uno, la porción del que falta se junta con las demás'.

"Ejemplo: Dice el testador: Dejo esta casa a Pedro, Juan y Diego, para que pase a Antonio cuando se reciba de abogado. Fallece el testador, pero antes había fallecido Pedro. Entonces, la porción de Pedro acrece a Juan y a Diego, es decir, se junta a la cuota de éstos".

Y agrega: "Todo lo que precede es discurriendo sobre la base de que falte el fiduciario antes que se le defiera el derecho".

La opinión transcrita parece significar que si hay varios fiduciarios y falta uno después de deferido el derecho, no se producirá acrecimiento. La razón de esto se basa en el carácter transmisible de la propiedad fiduciaria.

De acuerdo con esta opinión si, por ejemplo, dice el testador: Dejo mi casa a Pedro y a Juan y será Diego cuando se gradúe de abogado, fallecido el testador fallece después Pedro, la parte de éste pasará a sus propios herederos, y serán en adelante propietarios fiduciarios, proindiviso, Juan y los herederos de Pedro.

Don Luis Claro Solar mantiene sobre este punto una opinión diferente cuando considera que la ley aplica a la propiedad fiduciaria la misma regla que al usufructo (art. 782).

"Según el art. 1154 (1203), explica, los coasignatarios de usufructo conservan el derecho de acrecer mientras gozan de dicho usufructo, el cual no se extingue hasta que falte el último coasignatario; y esta disposición la repite el art. 780 (812) como regla del usufructo, cualquiera que sea la manera como haya sido constituído".

"Sometido el fideicomiso a la misma regla por el art. 750 (782) quiere decir que si dos o más fiduciarios han sido llamados conjuntamente a la propiedad fiduciaria, el derecho de acrecer que entre ellos existe y que consiste en que la porción de uno de ellos que por muerte, incapacidad o indignidad falta al tiempo de deferírsele la asignación, o que deferida la repudia, se junta a la porción de los otros, continúa surtiendo sus efectos mientras está pendiente la condición que determina la restitución del fideicomiso, con preferencia al derecho de transmisión; de modo que si habiendo los varios fiduciarios entrado en posesión del fideicomiso fallece, por ejemplo, uno de ellos, su porción no pasa a sus herederos, sino que acrece a la porción de los otros fiduciarios, y así va verificándose sucesivamente con las porciones de los demás que falten hasta consolidarse la propiedad fiduciaria en uno solo, o hasta que se cumpla la condición a que está sujeta la restitución al fideicomisario o fideicomisarios".

La opinión de Claro Solar se acomoda a la letra del art. 782.

Enajenación y transmisión de la propiedad fiduciaria.— El art. 783 contiene, en su inc. 1º, la regla según la cual la propiedad fiduciaria puede enajenarse entre vivos y transmitirse por causa de muerte.

La transmisión de la propiedad fiduciaria no puede realizarse sino en el caso de que fallezca el único fiduciario designado. Hemos visto que si son varios los fiduciarios, fallecido uno de ellos, su derecho no se transmite, sino que acrece a los fiduciarios que existan.

Como la propiedad fiduciaria constituye un objeto único e indivisible, si se enajena o transmite es, en todo caso, con el cargo de mantenerla indivisa y sujeta al gravamen de restitución bajo las mismas condiciones que antes.

El inc. 2º del mismo art. 783 contiene excepciones a la regla de que la propiedad fiduciaria es enajenable y transmisible. No será, dice la disposición, sin embargo, enajenable entre vivos, cuando el constituyente haya prohibido la enajenación; ni transmisible por testamento o abintestato cuando el día prefijado para la restitución es el de la muerte del fiduciario; en este segundo caso, si el fiduciario la enajena en vida, será siempre su muerte lo que determine el día de la restitución.

Derechos y obligaciones del fideicomisario:

Mera expectativa.— El fideicomisario, mientras pende la condición, no tiene derecho ninguno sobre el fideicomiso, sino la simple expectatva de adquirirlo (art. 793, inc. 1º).

La consecuencia de esta situación la establece el art. 794 al decir que el fideicomisario que fallece antes de la restitución, no transmite por testamento o abintestato derecho alguno sobre el fideicomiso, ni aun la simple expectativa, que pasa "ipso jure" al sustituto o sustitutos designados por el constituyente, si los hubiere.

Petición de providencias conservatorias.— A pesar de que el fideicomisario tiene únicamente la mera expectativa de adquirir la propiedad, el inc. 2º del mismo art. 793 le concede la facultad de solicitar las providencias conservatorias que le convengan, si la propiedad pareciere peligrar o deteriorarse en manos del fiduciario. El inc. 3º agrega que tendrán el mismo derecho los ascendientes del fideicomisario que todavía no existe y cuya existencia se espera; los personeros de las corporaciones y fundaciones interesadas; y si el fideicomiso fuere a favor de un establecimiento de caridad, el respectivo personero.

La facultad que este artículo concede al fideicomisario se explica porque si bien no tiene ningún derecho, está interesado en la buena conservación de lo que eventualmente podría llegar a pertenecerle.

Pronunciamiento sobre la imposición de gravámenes.— Para la imposición de cualquier gravamen real en el fideicomiso, a más de la licencia judicial, se requiere que se oiga al fideicomisario o a sus representantes. Impuestos dichos gravámenes, dice el art. 789, sin previa autorización judicial con conocimiento de causa y con audiencia de los que, según el art. 793, tengan derecho para solicitar providencias conservatorias, no estará obligado el fideicomisario a reconocerlos.

Pago de las expensas extraordinarias.— Las expensas extraordinarias destinadas a la conservación de la cosa deben ser hechas por el fiduciario; pero llegado el caso de la restitución, debe el fideicomisario pagar dichas expensas según las reglas que, para el efecto, consigna el art. 788.

Extinción del fideicomiso

El art. 795 determina las causas de extinción del fideicomiso. Son las siguientes:

1º) **Por la restitución.**— De conformidad con la letra del último inc. del art. 767, se llama restitución la traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituído el fideicomiso.

La restitución es la traslación legal de la propiedad del patrimonio del fiduciario al patrimonio del fideicomisario. O más exactamente, es la resolución del derecho del fiduciario y la atribución legal de la propiedad absoluta al fideicomisario.

Por consiguiente, cumplida la condición, el fiduciario deja de ser, "ipso jure", propietario de la cosa, y el fideicomisario se convierte en propietario absoluto, sin que importe para el efecto que la cosa sea o no entregada materialmente.

El efecto de la restitución consiste, por lo tanto, en que el fiduciario queda como tenedor de la cosa hasta la entrega efectiva, respondiendo de los frutos y de los deterioros que provengan de su hecho o culpa.

Otra consecuencia de la restitución legal consiste en que el fideicomisario no es sucesor del fiduciario, sino del constituyente, "substitutus capit a gravante, non a gravato".

2º) **Por la resolución del derecho de su autor,** como cuando se ha constituído el fideicomiso sobre una cosa que se ha comprado con pacto de retroventa y se verifica ésta.

Según Claro Solar, esta causa se funda en el principio de que nadie puede conferir a otro mayor derecho que el que él mismo tiene: "nemo potest plus juris in alium conferre quam ipse habet".

3º) **Por la destrucción de la cosa en que está constituído,** conforme a lo prevenido respecto al usufructo en el art. 839.

Según el art. 839, aplicable al fideicomiso, para que éste se extinga es preciso que la destrucción de la cosa sea total. Si sólo se destruye una parte, subsiste el fideicomiso en lo restante.

4º) **Por la renuncia del fideicomisario** antes del día de la restitución, sin perjuicio de los derechos de los sustitutos.

Sabemos que, dada la naturaleza del fideicomiso, el fideicomisario, mientras pende la condición, no tiene derecho ninguno sobre el fideicomiso, sino la simple expectativa de adquirirlo.

Pero bien puede el fideicomisario repudiar el llamamiento condicional que se le ha hecho, ya se haya constituído el fideicomiso por testamento o por acto entre vivos.

Si la constitución del fideicomiso es testamentaria, acerca de la renuncia del fideicomisario se aplica el art. 1.271, según el cual después de la muerte de la persona de cuya sucesión se trata, se podrá repudiar toda asignación, aunque sea condicional y esté pendiente la condición.

Si el fideicomiso se constituye por acto entre vivos, sobre la renuncia del fideicomisario es aplicable el art. 1.456. Las donaciones con cargo de restituir a un tercero se hacen irrevocables en virtud de la aceptación del fiduciario, con arreglo al art. 1454. El fideicomisario no se halla en el caso de aceptar hasta el momento de la restitución; pero podrá repudiar antes de ese momento.

Ahora bien, la repudiación hecha por el fideicomisario equivale a la falta de éste y, como el fideicomiso supone siempre la condición expresa o tácita de existir el fideicomisario a la época de la restitución, al renunciar el fideicomisario se extingue el fideicomiso por haber fallado tal condición. Todo ello sin perjuicio de los derechos de los sustitutos, si los hubiere.

5º) **Por faltar la condición,** o no haberse cumplido en tiempo hábil.

Falta la condición cuando se hace imposible. Si las condiciones son varias y se han agregado copulativamente, para que se extinga el fideicomiso basta que falte una de ellas; si se han agregado disyuntivamente, es menester que falten todas.

El tiempo hábil para el cumplimiento de la condición es de quince años, a menos que la muerte del fiduciario sea el evento de que penda la restitución. Estos quince años se contarán desde la delación de la propiedad fiduciaria.

La consecuencia de faltar la condición o de no haberse cumplido en tiempo hábil es que, al extinguirse el fideicomiso, la propiedad absoluta se consolida en manos del fiduciario.

6º) **Por confundirse la calidad de único fideicomisario con la de único fiduciario.**— La explicación de esta causa de extinción consiste en que, teniendo una misma persona las calidades de fiduciario y de fideicomisario, se verfica de derecho una confusión que extingue la obligación de restituir.

Así ocurriría, por ejemplo, si el fideicomisario fuese único heredero del fiduciario, que fallece.

Si el testador dispone que a la muerte del heredero instituído, pasen los bienes a la persona que designa, la institución es fideicomisaria; y el heredero instituído, atento el art. 1077 (1137) del Código Civil, tiene la calidad de usufructuario.— Gaceta Judicial, Serie II, No. 4.

Voto salvado.— Si el testador dispone que el heredero instituído pase, a su muerte, el dominio de la herencia, a una tercera persona, es el caso de "constitución de una propiedad fiduciaria, caso enteramente distinto al de una simple asignación testamentaria hasta día cierto, determinado o no, sin el gravamen de restituir la cosa asignada a otra persona". 2o.) "En el usufructo, la restitución depende de sólo la llegada del día, mientras que en el fideicomiso depende, además, de la existencia del fideicomisario en ese día". 3o.) Si al constituir la propiedad fiduciaria, "puede el constituyente señalar, para la restitución, un día cierto e indeterminado, como el de la muerte del fiduciario, caso previsto expresamente por el art. 738 (783), inc. 2o. del mismo Código, es claro que ese señalamiento no tiene ni puede tener más objeto que el de fijar el tiempo en que debe extinguirse la propiedad fiduciaria por el cumplimiento de la condición resolutoria, o sea, el día en que el fiduciario debe hacer la restitución al fideicomisario". 4o.) El señalamiento, para la restitución, de un día cierto e indeterminado, como la muerte del fiduciario... "no puede ser invocado como fundamento de un usufructo"... "cuando el Código Civil, de un modo expreso, está declarando la existencia legal de la propiedad fiduciaria en tales condiciones". 5o.) Como el fideicomisario falleció antes del día señalado para la restitución... "la propiedad absoluta de la herencia llegó a consolidarse en las mismas herederas fiduciarias, por falta de cumplimiento de la condición resolutoria en la época en que debió cumplirse. (art. 750 (795) del Código Civil)".— Gaceta Judicial, Serie II, No. 4.

En el fideicomiso constituído por testamento, se resuelve que, si fallece el fideicomisario antes que el fiduciario, extinguido el fideicomiso, pasan los bienes a los herederos abintestato del instituyente.— G. J., Serie II, No. 4.

Quito, a 1o. de septiembre de 1959.— VISTOS: "...5o.) Como anotan numerosos tratadistas franceses y chilenos, es sumamente difícil en ocasiones diferenciar entre el usufructo y la propiedad fiduciaria: y los jueces tienen que hacerlo con cautela y procurando respetar escrupulosamente la intención del testador, intención que constituye la ley suprema a este respecto.

La Sala juzga, no sin largo estudio, que las cláusulas octava y novena del testamento de Vicente Sotomayor Luna, están concebidas en forma absolutamente condicional, como lo patentiza la serie de sies con que ha precisado su pensamiento; y que estableció al menos una condición, la de que las asignatarias murieran sin hijos, lo cual bastaba para que existiera propiedad fiduciaria, encaminada a conservar las cosas legadas en manos de personas de confianza para el testador, mientras se cumpliera el evento principal que debía determinar la restitución a uno de los fideicomisarios que se podrían denominar alternativos: los hijos o el Asilo. Es verdad que Sotomayor Luna limitó al máximum las facultades de las asignatarias conjuntas, lo cual parece más propio del usufructo que de la propiedad fiduciaria: mas, conforme a los arts. 781 y 823 del Código Civil el constituyente puede establecer restricciones en uno y otro caso y por consiguiente, ellas no sirven de criterio seguro para distinguir entre dichas instituciones. Es también cierto que, por regla general, el fideicomiso exige que el fiduciario pueda llegar a ser dueño definitivo de las cosas asignadas si no se cumple la condición o condiciones copulativamente fijadas, posibilidad que faltó en el caso actual, ya que la propiedad tenía que restituirse necesariamente a otras personas: a los descendientes legítimos de las asignatarias o al Asilo, en el evento de que aquellos no existiesen. El cumplimiento o la falta de la condición o condiciones no producían efecto alguno en su beneficio personal. Por esta imposibilidad de que el fiduciario llegase a ser propietario incondicional de las cosas legadas, si alegable en la mayoría de los casos, no lo es cuando el propio constituyente prescribe la restitución a la muerte de aquél... 7o.) Si el llamamiento a Juana y Magdalena Muñoz fue conjuntivo en palabras y objetos, es decir si se constituyó entre ellas una sola persona colectiva (art. 1200 (1199), síguese que entre las asignatarias tenía que haber acrecimiento, y lo hubo efectivamente, no sólo por disposición legal, sino por expresa del testador. Concluyente es el art. 780 (782): "Siendo dos o más los propietarios fiduciarios, habrá entre ellos derecho de acrecer, según lo dispuesto para el usufructo en el art. 810, inc. 1o."; y este inciso y el art. 1212 (1202) precisan, a la par, la figura jurídica extraordinaria del acrecimiento legal (distinto del regido por el parágrafo 8o., del Título IV del Libro III) al decir: Siendo dos o más los usufructuarios, habrá entre ellos derecho de acrecer y durará la totalidad del usufructo hasta la expiración del derecho del último de los usufructuarios. Por esto una decisión de la Corte de Casación de Colombia indica que "es condición esencial del fideicomiso que los fiduciarios o el fiduciario que existe, gocen o goce totalmente de la asignación para que pueda pasar íntegramente al fideicomisario si la condición no se cumpliere" (11 de octubre de 1924). En virtud de emanar tal acrecimiento de la ley y de la naturaleza misma de la asignación conjuntiva, habría sido menester, para eludirlo, de disposición prohibitiva precisa del testador (art. 1213 (1204), como lo hizo el comandante Holmes en el fideicomiso que constituyó en el testamento que corre a fs. 119. Mas, en vez de prohibición, medio insustituible, lo repetiremos, para evitar el acrecimiento, encontramos mandato expreso que lo confirma..." Gaceta Judicial, Serie IX, Nos. 7, 8 y 9.

TITULO IX

DEL DERECHO DE USUFRUCTO

En el estado más común de la actividad económico-jurídica las personas usan y gozan las cosas que les pertenecen.

Es frecuente sin embargo que se constituya un derecho de goce sobre una cosa en favor de otra persona distinta que el dueño.

Este derecho de goce en cosa ajena puede provenir de una relación de carácter personal en virtud de la cual el dueño concede a otro el uso y goce de un bien, como en el arrendamiento y el comodato; o de la constitución de un derecho real en la cosa, como en el usufructo y el uso.

Antecedentes.— Los romanos entendieron que el dominio podría ser limitado en virtud de las servidumbres prediales: "servitutes proediorum rusticorum" y "servitutes personarum". Las primeras son gravámenes impuestos sobre un predio en beneficio de otro predio de distinto dueño. Las segundas son gravámenes impuestos sobre una cosa en beneficio de determinada persona.

Los autores del Código francés se abstuvieron de emplear la expresión servidumbres personales "por recordar demasiado el feudalismo... Por otra parte, el uso más reciente tiende a reservar el nombre de servidumbre solamente a las servidumbres propiamente dichas, designando por sus nombres especiales los derechos de usufructo, de uso y de habitación".

De igual modo, en el Código ecuatoriano servidumbre equivale a servidumbre predial, mientras que las demás limitaciones del dominio, que constituyen otros tantos derechos reales, son conocidas con una denominación particular. Las principales son: el usufructo, el uso y la habitación.

Definiciones.— El Art. 796 contiene la siguiente definición: El derecho de usufructo es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa, con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de devolver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible.

Las Instituciones de Justiniano lo definen así: "Usufructus est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia".

Para el derecho italiano, "usufructo es el derecho de gozar de cosas que son propiedad de otro del modo como disfrutaría de ellas el propietario, pero con la obligación de conservar su substancia, tanto en lo que dice a la materia como a la forma".

Según el derecho francés, usufructo es "el derecho de disfrutar de las cosas cuya propiedad pertenece a otra persona, como el mismo propietario, con la obligación de conservar la sustancia".

Caracteres.— Los siguientes son los principales caracteres y elementos del usufructo:

a) Es un derecho real, "jus in re", sobre una cosa ajena.

b) Es un derecho de goce porque confiere a su titular las facultades de usar y gozar del modo más amplio y completo, sin más limitaciones que las que resultan del cargo de conservar la forma y substancia de la cosa.

c) Es limitación del dominio porque impide que el dueño ejerza en la cosa las facultades de usar y gozar, que generalmente le corresponden. La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad (art. 618, inc. 2º).

d) Constituído un usufructo, hay dos derechos coexistentes, el del nudo propietario y el del usufructuario (art. 797).

e) Tiene, por consiguiente, una duración limitada, al cabo de la cual pasa al nudo propietario y se consolida con la propiedad (art. 797, inc. 2º).

f) Es intransmisible por testamento o abintestato (art. 805).

g) Los dos derechos coexistentes son autónomos y de naturaleza distinta. "El nudo propietario y el usufructuario, dice Planiol, no se hallan en estado de indivisión, ya que ésta solamente existe entre derechos de igual índole, concurrentes sobre una cosa indivisa; y aquellos derechos son distintos. Pero pudiera existir indivisión entre nudo propietarios o usufructuarios, cuando coexistan distintos titulares del usufructo o de la propiedad".

h) Es un derecho sujeto a plazo.

Objeto del usufructo.— El derecho de usufructo puede recaer sobre toda clase de bienes: singulares y universales, muebles e inmuebles, corporales e incorporales. "Sus aplicaciones, dice Planiol, tienen el mismo alcance que la propiedad".

Usufructo ordinario.— Según la definición, el usufructo implica la necesidad de conservar la forma y substancia de la cosa para restituírla a su dueño. Esto supone que la cosa en que recae no es fungible. Tal es el usufructo más generalizado y que en la doctrina se denomina usufructo ordinario.

En el usufructo ordinario se realiza el principio básico que consiste en que el usufructo es un deercho de goce en cosa ajena.

Cuasi usufructo.— La definición del art. 796 considera también que el usufructo se puede constituir sobre una cosa fungible; en tal caso el usufructuario tiene solamente el cargo de devolver igual cantidad y calidad del mismo género. Es un usufructo especial, al que se refiere más concretamente el art. 821, según el cual, si el usufructo se constituye sobre cosas fungibles, el usufructuario se hace dueño de elias, y el propietario se hace meramente acreedor a la entrega de otras especies de igual cantidad y calidad, o del valor que éstas tengan al tiempo de terminarse el usufructo.

El usufructo de cosas fungibles se denomina, en la doctrina, cuasi usufructo, porque tiene características que no se acomodan a la naturaleza del usufructo propiamente dicho.

La nota característica del cuasi usufructo consiste en que confiere la propiedad de las cosas en que se constituye. Esto se debe a que, siendo fungibles, no pueden usarse dichas cosas sino mediante actos de disposición, que corresponden solamente al dueño.

"De hecho, dice Planiol, el cuasi usufructo no se da nunca aisladamente. Siempre es accesorio de un usufructo más amplio, constituído, a título universal, sobre un conjunto de bienes".

El cuasi usufructo tiene una estructura jurídica muy parecida a la del mutuo o préstamo de consumo, el cual es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles, con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad. (art. 2126). No se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio (art. 2127).

Las diferencias entre el cuasi usufructo y el mutuo no son de fondo, sino que provienen tan sólo de haber dispuesto el legislador que al primero se le apliquen las reglas del usufructo y al segundo las de los contratos.

En consecuencia, el cuasi usufructo puede ser legal, testamentario o convencional, en tanto que el mutuo es sólo convencional.

El cuasi usufructo se extingue por la muerte del usufructuario, aunque ocurra antes del día o condición prefijados para su terminación; mientras que en el mutuo, como en todos los contratos, los derechos y obligaciones de las partes se transmiten a los herederos.

Usufructos legales.— Son los establecidos por la ley en favor de determinadas personas. Los principales son los siguientes: a) el de los padres de familia o de la sociedad conyugal sobre ciertos bienes del hijo (art. 302); b) el de los poseedores provisionales sobre los bienes del desaparecido (art. 75); y c) el de la sociedad conyugal en los bienes de los cónyuges (art. 157).

Carácter sui géneris de los usufructos legales.— Los usufructos legales tienen notas características que los apartan significativamente de la estructura del usufructo propiamente dicho. A esto se debe que los usufructos legales se rigen por leyes especiales y no por las aplicables al usufructo ordinario (art. 842).

Es muy dudoso el carácter real de los usufructos legales. Así, los padres o la sociedad conyugal gozarán del usufructo sobre ciertos bienes del hijo en tanto pertenezcan a éste; no podrían ejercerlo ni perseguirlo si los bienes pasasen a otro patrimonio, y termina con la emancipación del hijo.

Con razón, Baudry—Lacantinerie, respecto de este usufructo legal, enseña que "a decir verdad, no constituye un usufructo ordinario, es decir, un derecho real, desmembramiento de propiedad. Es una ventaja personal conferida al padre o a la madre en compensación de las cargas que lleva consigo el ejercicio de la patria potestad; o, si se quiere, una remuneración (traitement) o una recompensa que les es asignada".

Usufructos voluntarios.— Son los constituídos por la voluntad del hombre manifestada en el testamento o en el contrato. Lo son también los adquiridos por prescripción.

En Roma el testamento constituyó la fuente más importante de este derecho, "por la sencilla razón, comenta Petit, de que un propietario consiente mejor en despojar del goce de su bien al heredero escogido, que privarse él mismo durante su vida".

Constitución del usufructo.— Según el art. 798, el usufructo se puede constituir:

1º) Por la ley, como el del padre de familia sobre ciertos bienes del hijo;

2º) Por testamento;

3º) Por donación, venta u otro acto entre vivos; y

4º) Se puede también adquirir un usufructo por prescripción.

Según esto, el usufructo puede tener un triple origen:

a) la creación de la ley;

b) la voluntad humana manifestada en acto testamentario o en acto entre vivos; y

c) la prescripción.

Constitución testamentaria.— Cuando el usufructo se constituye por testamento, la constitución es solemne, ya recaiga sobre muebles o sobre inmuebles, puesto que el testamento es, en sí mismo, un acto solemne.

El usufructuario testamentario adquiere su derecho por el modo de adquirir lamado sucesión por causa de muerte. Sin embargo, la ley ordena que se inscriba el testamento; pero en este caso la inscripción cumple otras finalidades que no atañen a la adquisición misma del derecho.

Constitución por acto entre vivos.— El usufructo se puede constituir por donación, venta u otro acto entre vivos.

La constitución puede ser gratuita u onerosa. Lo ordinario es que sea gratuita, sobre todo cuando se trate del usufructo vitalicio.

Como el usufructo es intransmisible por testamento o abintestato; y por lo tanto puede durar, cuando más, por toda la vida del usufructuario, el resultado económico del mismo es incierto. Este carácter aleatorio del usufructo vitalicio impide su frecuente contratación a título oneroso.

Carácter del acto constitutivo.— El usufructo que recaiga sobre bienes muebles será un acto consensual; es decir, quedará, perfeccionado por el solo consentimiento de las partes.

En cambio, el usufructo que haya de recaer sobre inmuebles, por acto entre vivos, no valdrá si no se otorga por instrumento público inscrito.

Inscripción del usufructo constituido en bienes raíces.— Cuando el objeto del usufructo es un inmueble, se debe inscribir la escritura pública en que se constituye, porque así lo dispone el Código Civil en el art. 799 y también la Ley de Registro, en el art. 25.

¿Qué papel desempeña la inscripción?

En el fondo, la constitución de un usufructo por acto entre vivos no es sino la enajenación que hace el dueño de la cosa de ciertas facultades inherentes al dominio. Por eso, al constituirse el usufructo, se produce una limitación de las facultades que lleva consigo aquel derecho.

Ahora bien, al constituir un usufructo, el dueño tiene que hacer entrega o tradición de la facultad de usar y gozar de la cosa. Y, como esta facultad o derecho es de naturaleza inmueble cuando recae en bienes raíces, la entrega o tradición debe hacerse mediante la inscripción, de conformidad con lo que dispone el art. 721.

La inscripción es, por consiguiente, tradición o modo de adquirir el usufructo constituído por acto entre vivos en bienes raíces.

Y, a juicio de algunos autores, la inscripción es también solemnidad de la constitución del usufructo que recae sobre inmuebles, como parece desprenderse de la redacción del art. 799.

Modos de constituir un usufructo.— En el usufructo existen dos derechos reales que se ejercen simultáneamente sobre la misma cosa, a saber: el derecho de propiedad separada del goce o nuda propiedad y el derecho de usufructo.

La constitución del usufructo supone, en consecuencia, la atribución de cada uno de tales derechos a dos personas distintas, de tal manera que la una viene a ser nudo propietaria y la otra usufructuaria.

Ahora bien, el constituyente puede proceder por varios caminos: retener para sí la nuda propiedad y dar a otra persona el usufructo; o a la inversa, retener el usufructo y desprenderse de la nuda propiedad en favor de otro. "La creación de un usufructo mediante contrato, dice Planiol, puede realizarse de dos modos distintos: por vía de enajenación, en cuyo caso el usufructo se establece en provecho de una persona que no tenía anteriormente el disfrute; o por vía de retención, en cuyo caso la constitución del usufructo no es más que el resultado indirecto del contrato, por el cual el propietario enajena la nuda propiedad de su cosa, conservando el usufructo".

Cabe un tercer procedimiento que consiste en que el constituyente, sin reservarse nada para sí, otorgue a terceras personas la nuda propiedad y el usufructo.

Modalidades del usufructo.— Se pueden considerar diversas modalidades en el usufructo, ya por razón de la persona o personas en cuyo favor se establezca, o bien por las circunstancias a que se someta la duración o vigencia del derecho.

Usufructo simple y múltiple.— En atención a la persona o personas en cuyo favor se establece, el usufructo puede ser simple o múltiple. Es simple si se constituye en favor de una sola persona. Es múltiple si se constituye a favor de dos o más personas para que lo tengan simultáneamente por igual, o según las cuotas determinadas por el constituyente.

Derecho de acrecer.— Siendo dos o más los usufructuarios, habrá entre ellos derecho de acrecer, dice el art. 812, y durará la totalidad del usufructo hasta la expiración del derecho del último de los usufructuarios. Lo cual se entiende si el constituyente no hubiere dispuesto que, terminado un usufructo parcial, se consolide con la propiedad.

Sustitutos.— Se puede designar sustitutos del usufructuario, según los principios generales que rigen las sustituciones. Pero, en todo caso, la sustitución es vulgar: es decir, el sustituto designado ocuparía el lugar del usufructuario primeramente designado solamente en el caso de que éste, antes de deferírsele el usufructo, llegase a faltar por fallecimiento o por otra causa que extinga su derecho eventual.

Duración del usufructo.— El usufructo tiene una duración limitada, al cabo de la cual pasa al nudo propietario y se consolida con la propiedad.

¿Cuánto tiempo puede durar un usufructo?— El usufructo podrá constituirse por tiempo determinado o por toda la vida del usufructuario. Cuando en la constitución del usufructo no se fija tiempo alguno para su duración, se entenderá constituído por toda la vida del usufructuario. El usufructo constituído a favor de una corporación o fundación cualquiera, no podrá pasar de treinta años (art. 802).

Lo que caracteriza a este respecto al usufructo consiste en que su terminación es cierta y no eventual como la del fideicomiso. Y como el usufructo es intransmisible por testamento o abintestato, su duración en ningún caso puede prolongarse más allá de la vida de una persona.

La condición en el usufructo.— Los arts. 800 y 803 se refieren a la condición en el usufructo. Según el primero, no puede constituirse un usufructo bajo una condición que deje en suspenso la iniciación de su ejercicio. Pero bien se puede, al tenor del art. 803, agregar una condición que anticipe la terminación del usufructo.

En ningún caso la terminación del usufructo puede quedar, de modo exclusivo, sujeta a la eventualidad de la condición. Siempre debe haber un plazo, o bien, el día cierto de la muerte del usufructuario. La condición se puede agregar solamente para que surta el efecto de anticipar la expiración del usufructo; por lo tanto, si la condición no se cumple antes de la expiración de dicho tiempo o antes de la muerte del usufructuario, según los casos, se mirará como no escrita (art. 803, inc. 2º).

Usufructos sucesivos o alternativos.— Son los constituídos a favor de dos o más personas para que los ejerzan, no simultáneamente, sino de modo sucesivo o alternativo, es decir, una persona después de otra.

Estos usufructos están expresamente prohibidos por el art. 801.

El fundamento de la prohibición consiste en que tales usufructos son económicamente inconvenientes, "unos y otros embarazan la circulación y entibian el espíritu de conservación y mejora, que da vida y movimiento a la industria", como se expresa en el Mensaje de presentación del Código.

Sin embargo, el legislador ha señalado otro efecto que el de nulidad para el caso en que sean constituídos usufructos sucesivos o alternativos. Si de hecho se constituyeren dice el mismo art. 801, los usufructuarios posteriores se considerarán como sustitutos para el caso de faltar los anteriores antes de deferirse el primer usufructo. El primer usufruto que tenga efecto hará caducar los otros, pero no durará sino el tiempo que le estuviere designado.

Derechos del usufructuario.— La estructura del usufructo presenta dos derechos reales, distintos y autónomos, que se ejercen simultáneamente. Son la nuda propiedad y el usufructo.

Estos dos derechos son reales y no existe una relación jurídica personal que trabe al nudo propietario con el usufructuario. Como los dos derechos son de distinta naturaleza, no hay tampoco entre el nudo propietario y el usufructuario un estado de comunidad.

Sin embargo, puesto que el ejercicio de cada uno de estos derechos debe realizarse de manera que no obste al ejercicio del otro derecho coexistente, la ley otorga e impone, tanto al nudo propietario como al usufructuario, en relación con el ejercicio de sus respectivas facultades, ciertos derechos y obligaciones recíprocos.

Las principales facultades que el usufructo confiere al usufructuario son las siguientes:

1º— Facultad de uso.— El usufructuario tiene el usus de la cosa.

Usar consiste en servirse de la cosa conforme a su propia naturaleza y destino. El usufructuario de cosa mueble, dice el art. 819, tiene el derecho de servirse de ella según su naturaleza y destino; y al fin del usufructo no está obligado a restituirla sino en el estado en que se halle, respondiendo solamente de las pérdidas o deterioros que provengan de su dolo o culpa.

Si el usufructo se constituye sobre cosas fungibles, como el usufructuario no puede hacer de ellas el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan, el usufructuario se hace dueño de ellas y el propietario se hace meramente acreedor a la entrega de otras especies de igual cantidad y calidad, o del valor que éstas tengan al tiempo de terminarse el usufructo. (art. 821).

Esto se debe a que el uso de las cosas consumibles exige su destrucción, es decir, la realización de actos de disposición que corresponden solamente al dueño.

2º— Facultad de goce.— El usufructuario tiene también el fructus o goce de la cosa. Le corresponden, por consiguiente, todos los frutos, tanto los naturales como los civiles.

El usufructuario de una cosa inmueble, dice el art. 813, tiene el derecho de percibir todos los frutos naturales, inclusos los pendientes al tiempo de deferirse el usufructo. Recíprocamente, los frutos que aún estén pendientes a la terminación del usufructo pertenecerán al propietario.

Lo que dispone el art. 813 tocante a frutos pendientes, es de equidad. Pero no armoniza con el art. 826, cuya aplicación puede privar al nudo propietario de los frutos que estén pendientes a la terminación del usufructo, los cuales serían para el arrendatario o cesionario. Aun cuando el usufructuario tenga la facultad de dar el usufructo en arriendo, dice el mismo art. 826, o cederlo a cualquier título, todos los contratos que al efecto haya celebrado se resolverán al fin del usufructo. El propietario, sin embargo, concederá al arrendatario o cesionario el tiempo que necesite para la próxima percepcinó de frutos; y por ese tiempo quedará sustituído al usufructuario en el contrato.

Bosques.— El derecho de goce se extiende a los bosques y arbolados existentes en la heredad dada en usufructo; pero el usufructuario tiene el cargo de conservarlos en su ser, reponiendo los árboles que derribe, y respondiendo de su menoscabo, en cuanto no dependa de causas naturales o accidentes fortuitos (art. 815).

Minas.— Si la cosa dada en usufructo comprende minas y canteras en actual laboreo, podrá el usufructuario aprovecharse de ellas; y no será responsable de la disminución de productos que en consecuencia sobrevenga, con tal que haya observado las disposiciones de la ordenanza respectiva (art. 816).

Ganados o rebaños.— El usufructuario de ganados o rebaños, dice el art. 820, está obligado a reponer los animales que mueren o se pierden, pero sólo con el incremento natural de los mismos ganados o rebaños; salvo que la muerte o pérdida sean imputables a hecho o culpa suyos, pues en este caso deberá indemnizar al propietario. Esto se debe a que, por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona deberá ser reparada por ésta.

Pero si el ganado o rebaño perece en todo o en gran parte, por efecto de una epidemia u otro caso fortuito, el usufructuario no estará obligado a reponer los animales perdidos, y cumplirá con entre-

gar los despojos que hayan podido salvarse (art. 820, inc. 2º). En esta disposición el Código aplica el principio de que las cosas perecen para su dueño.

Frutos civiles.— Los frutos civiles de la cosa en que se ha constituído un usufructo pertenecen al usufructuario, día por día (art. 822).

Esto significa que los frutos civiles no deben calcularse por períodos. Por ejemplo, si la cosa produce pensiones semestrales y el usufructo termina cuando han transcurrido quince días del semestre, al usufructuario le corresponderá, no la pensión del período completo que ha comenzado a correr, sino el valor proporcional de la pensión, calculado para quince días.

Influencia de la voluntad de los interesados.— Lo dicho en relación con la facultad de goce del usufructuario se entenderá sin perjuicio de las convenciones que sobre la materia se celebren entre el nudo propietario y el usufructuario, o de las ventajas que en la constitución del usufructo se hayan concedido expresamente al nudo propietario o al usufructuario (art. 823).

3º— Facultad de administrar.— El usufructuario es tenedor de la cosa fructuaria y a él le corresponde su administración, salvo que deje de prestar la caución a que está obligado. Pero, prestando dicha caución podrá, en todo tiempo, reclamar la administración (art. 809).

El usufructuario puede verse privado de la administración, mediante sentencia de juez, a instancia del propietario, por haber faltado a sus obligaciones en materia grave o por haber causado daños o deterioros considerables a la cosa en que está constituído el usufructo (art. 841).

4º— Facultad de hipotecar el usufructo.— Es posible la hipoteca del usufructo sobre bienes raíces, por lo dispuesto en el art. 2344. La hipoteca, dice, no podrá tener lugar sino sobre bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo, o sobre naves. Pero la hipoteca sobre un usufructo no se extiende a los frutos percibidos (art. 2349).

"El derecho del acreedor hipotecario, dice Vodanovic, se reduce a poder embargar y sacar a remate el goce, con exclusión de la nuda propiedad, si el usufructuario no paga la obligación principal que está garantizada con la hipoteca".

5º— **Facultad de arrendar y ceder el usufructo.**— El art. 825 dispone que el usufructuario puede dar en arriendo el usufructo, y cederlo a quien quiera, a título oneroso o gratuito.

Hay que tener presente que el usufructuario no es dueño de la cosa en que se ha constituído el usufructo. Es mero tenedor; y, por consiguiente, no puede enajenar la cosa misma. Pero como tiene el uso y el goce de los bienes comprendidos en el usufructo y es dueño de su derecho, bien puede realizar determinados contratos sobre el usufructo, en favor de un tercero.

Los contratos que el usufructuario celebra con terceros y que versan sobre el derecho de usufructo son, para el nudo propietario, "res inter alios acta". No lo comprometen con el cesionario, tanto más que, aun cuando el usufructuario tenga la facultad de dar el usufructo en arriendo, o cederlo a cualquier título todos los contratos que al efecto haya celebrado se resolverán al fin del usufructo. La única obligación que, a este respecto, impone la ley al nudo propietario, es la de conceder al arrendatario o cesionario el tiempo que necesite para la próxima percepción de frutos; y por ese tiempo quedará sustituído al usufructuario en el contrato (art. 826).

Objeto de la cesión.— Cuando el usufructuario cede su derecho a un tercero, ¿cuál es el objeto de la cesión?

¿"Es el derecho mismo lo que se transmite de una persona a otra, pregunta Planiol, o solamente el provecho?. Las opiniones se dividen, contesta el mismo autor: unos estiman que lo que el usufructuario está obligado a ceder es **su derecho,** de lo cual, deducen que el adquirente se convierte, a su vez, en usufructuario. Otros hacen resaltar que, a pesar de la cesión, el usufructo continúa dependiendo de la persona del cedente, por dos razones: en primer lugar porque no se ha liberado de sus obligaciones, continuando responsable frente al nudo propietario; además, porque el usufructo se ha de extinguir por la muerte de éste, no por la muerte del cesionario. Esto no es más que una discusión en cuanto a las palabras ya que todo el mundo concuerda en lo tocante a las soluciones de detalle, no dudándose el punto capital de que la cesión no modifica la duración del usufructo".

En el sistema de nuestro Código, la interpretación correcta se orienta en este último sentido. atenta la disposición del art. 825. El inc. 2º dice que, cedido el usufructo a un tercero, el cedente permanece siempre directamente responsable al propietario.

Más todavía, el tercer inciso del mismo art. 825 dispone que no podrá el usufructuario arrendar ni ceder el usufructo, si se lo ha prohibido el constituyente; a menos que el propietario lo releve de la prohibición. El inciso siguiente agrega que el usufructuario que contraviene a esta disposición perderá el derecho de usufructo.

O sea, si el usufructuario pierde el derecho de usufructo cuando lo cede contraviniendo a la prohibición del constituyente, no lo pierde cuando lo cede si le es permitido hacerlo.

Lo anterior es evidente; pero deja en pie una grave dificultad. Si el usufructuario pierde el derecho de usufructo porque lo cede cuando se le ha prohibido hacerlo, ¿cuál es la consecuencia jurídica de esta situación? ¿Se extingue el usufructo o, por el contrario, subsiste radicado en el cesionario?

La conclusión según la cual, al efectuarse la cesión en contravención a la expresa prohibición existente, el derecho de usufructo sale del patrimonio del cedente e ingresa en el del cesionario, no se acomoda a los principios jurídicos que sustenta el Código Civil; ya que, en la práctica, esto equivaldría a dos usufructos sucesivos; y está expresamente prohibido que se puedan establecer ni por constitución expresa, ni por otro modo.

En general, la sanción que se impone por la contravención de las prohibiciones relativas a la realización de ciertos actos o contratos es la nulidad; y excepcionalmente la misma ley puede señalar otro efecto diverso que el de nulidad para el caso de contravención.

La ley, en el art. 825, permite la cesión del usufructo; y la misma ley autoriza al constituyente para que la prohiba si lo tiene a bien. Por consiguiente, la prohibición emanada del constituyente se puede asimilar a una prohibición legal.

Ahora bien, la sanción para el caso de contravención a la prohibición de ceder el usufructo es le pérdida de este derecho.

Cuando el constituyente prohibe expresamente la cesión del usufructo, introduce una condición resolutoria. Por lo tanto, al realizarse la cesión que estuvo prohibida, se produce la resolución del usufructo y su consolidación con la propiedad antes del plazo fijado para su terminación, en virutd del cumplimiento de la condición resolutoria, conforme a lo que dispone el art. 803. En consecuencia, se extingue el usufructo.

6º— **Facultad de disponer del objeto del usufructo.**— Hemos visto antes que el usufructuario puede ceder el provecho resultante de la cosa fructuaria. Consideremos ahora la facultad que tiene de disponer de la cosa misma en que está constituído el usufructo.

Tratándose del usufructo propiamente dicho, es decir, del que recae en cosas no fungibles, no cabe esta facultad porque el usufructuario es solamente tenedor de la cosa fructuaria mientras dure el usufructo, con el cargo de conservar la forma y substancia y de restituirla a su dueño a la terminación del usufructo.

En cambio, en el usufructo de cosas fungibles cabe la facultad de disposición de las cosas en que está constituído, porque el usufructuario se hace dueño de ellas, y el propietario se hace meramente acreedor a la entrega de otras especies de igual cantidad y calidad, o del valor que éstas tengan al tiempo de terminarse el usufructo.

7º— **Facultad de defender el usufructo.**— Para la eficacia de su derecho, el usufructuario dispone de acciones que le permiten defenderlo y asegurar su tranquilo ejercicio.

Como dueño y poseedor de su derecho, el usufructuario tendrá a su favor la acción reivindicatoria; y, además, las acciones posesorias correspondientes cuando la calidad del usufructo sea inmueble.

Puesto que estas acciones son reales, pueden ser ejercidas por el usufructuario contra cualquier persona, inclusive contra el nudo propietario.

8º— **Facultad de reclamar ciertas indemnizaciones.**— El usufructuario tiene derecho para ser indemnizado de todo menoscabo o deterioro que la cosa haya sufrido en poder y por culpa del propietario desde el día de la delación del usufructo (art. 806).

El usufructo voluntario es embargable.— "La cedibilidad del usufructo, dice Planiol, origina la posibilidad del embargo para los acreedores del usufructuario".

Esta consecuencia jurídica está reconocida en el art. 835, según el cual los acreedores del usufructuario pueden pedir que se le embargue el usufructo y se les pague con él hasta el valor de sus créditos, prestando la competente caución de conservación y restitución a quien corresponda. Podrán, por consiguiente, oponerse a toda cesión o renuncia del usufructo hecha en fraude de sus derechos.

Para precisar lo que constituye el objeto del embargo, debe tenerse en cuenta lo que se dijo acerca de la cesión del usufructo.

Los usufructos legales no son embargables porque no son cedibles. Se trata de derechos cuyo ejercicio es enteramente personal (art. 1661).

Obligaciones del usufructuario.— Son las siguientes:

1º— Inventario y caución.— El usufructuario, dice el art. 807, no podrá tener la cosa que es objeto del usufructo sin haber prestado caución suficiente de conservación y restitución, y sin previo inventario solemne a su costa, como el de los curadores de bienes.

Dispensa de la caución.— El inc. 2º del mismo art. 807 dispone que, tanto el que constituye el usufructo como el propietario, podrán exonerar de la caución al usufructuario.

Exención legal de la caución.— Por excepción, la ley, en el inc. 3º del mismo art. 807, exonera de la obligación de rendir caución al donante que se reserva el usufructo de la cosa donada.

La exención es equitativa, puesto que si el constituyente que se reserva el usufructo y hace donación de la nuda propiedad favorece en gran manera al donatario, resulta impropio gravar a quien se desprende de lo suyo.

Objeto de la caución.— La caución que debe rendir el usufructuario tiene por objeto asegurar la conservación y restitución de la cosa en que está constituído el usufructo.

Pero la caución del usufructuario de cosas fungibles se reducirá al afianzamiento de la obligación de restituir otras tantas cosas del mismo género y calidad, o el valor que tengan al tiempo de la restitución (art. 807). Esto se debe a que el usufructuario de cosas fungibles, dada la naturaleza de éstas, no está en el caso de conservarlas, sino que debe consumirlas para hacer de ellas el uso acomodado a su naturaleza o condición.

Inventario.— Otra obligación que se impone al usufructuario es la formación de inventario solemne, a su costa, como el de los curadores de bienes (art. 807).

Corresponde al propietario cuidar de que se haga el inventario con la debida especificación, y no podrá después tacharlo de inexacto o incompleto (art. 810).

Falta de inventario y caución.— Las consecuencias de la falta de caución e inventario están determinadas en los arts. 807, 808 y 809.

La omisión en el cumplimiento de estas dos obligaciones priva al usufructuario de la tenencia y administración de la cosa, que se darán al propietario con cargo de dar el valor líquido de los frutos al usufructuario (arts. 807, 808).

De los arts. 807 y 808 se sigue, por lo tanto, que el usufructuario no puede tener la cosa ni administrarla a menos que, previamente, rinda caución y forme inventario solemne. Si descuida una de dichas obligaciones o ambas, administrará el propietario.

El art. 809 se refiere solamente a la caución al disponer que, no rindiéndola el usufructuario dentro de un plazo equitativo señalado por el juez a instancias del propietario, se dará la administración a éste, con cargo de pagar al usufructuario el valor líquido de los frutos, deducida la suma que el juez prefije por el trabajo y cuidados de la administración.

El art. 807 señala otras opciones alternativas que pueden tomar, de común acuerdo, el nudo propietario y el usufructuario, a falta de caución. Estas opciones son:

a— El nudo propietario puede tomar en arriendo la cosa en que está constituído el usufructo, o tomar prestados a interés los dineros objeto del usufructo, de acuerdo con el usufructuario;

b— Podrá también el nudo propietario, de acuerdo con el usufructuario, arrendar la cosa a un tercero y dar los dineros a interés;

c— Podrá también el nudo propietario, de acuerdo con el usufructuario, comprar o vender las cosas fungibles, y tomar o dar prestados a interés los dineros que de ello provengan.

Caución juratoria.— El inc. 5º del art. 809 establece la caución juratoria en beneficio del usufructuario.

Los muebles comprendidos en el usufructo, dice este inciso, que sean necesarios para el uso personal del usufructuario y de su familia, le serán entregados bajo juramento de restituir las especies o sus respectivos valores, tomándose en cuenta el deterioro proveniente del tiempo y del uso legítimo.

Caución posterior.— Aunque se haya ejercitado las facultades concedidas por el art. 809 en el caso de faltar la caución, el mismo art. 809, inciso final, dispone que el usufructuario podrá, en todo tiempo, reclamar la administración de la cosa, prestando la caución a que está obligado.

2º— Obligación de recibir la cosa en el estado en que se encuentre.— El usufructuario está obligado a recibir la cosa en que está constituído el usufructo en el estado en que al tiempo de la delación se encuentre (art. 806).

En consecuencia, no le es permitido hacer reclamo alguno por los menoscabos que la cosa haya sufrido antes de la delación del usufructo.

3º— Obligación de respetar los arriendos de la cosa.— El usufructuario está obligado a respetar los arriendos de la cosa contratados por el propietario antes de constituirse el usufructo por acto entre vivos, o de fallecer la persona que lo ha constituído por testamento. Pero sucede en la percepción de la renta o pensión desde que principie el usufructo (art. 824).

4º— Obligación de conservar la forma y substancia de la cosa.— Una de las principales obligaciones del usufructuario es la de conservar la forma y substancia de la cosa en que está constituído el usufructo.

La facultad de usar y gozar que tiene el usufructuario es amplia y alcanza a todos los servicios y utilidades de la cosa; pero su ejercicio está limitado por el cargo de conservar su forma y substancia. En esto se distingue el uso y goce del usufructuario del uso y goce ejercidos por el dueño. El dueño es libre de hacer en la cosa lo que le plazca, si no es contra ley o derecho ajeno; en tanto que el usufructuario debe ejercer las facultades que le corresponden, conservando la forma y substancia de la cosa dada en usufructo.

Forma y substancia.— ¿Qué se entiende por forma y substancia de la cosa?— Las opiniones doctrinales no son concordantes porque la obligación del usufructuario, "salva rerum substantia", es enfocada, unas veces, desde un ángulo estrictamente jurídico y otras desde un punto de vista más bien económico.

Para algunos, "la frase significa que el usufructuario debe respetar la estructura externa y el destino económico de la cosa existente al momento de la delación del usufructo".

Para otros, lo que importa es el valor económico de la cosa; y, desde este punto de vista, el usufructuario cumplirá su obligación de conservar la forma y substancia de la cosa en tanto no la altere significativamente.

Lo que dispone el código.— Según diversas disposiciones del Código, débese considerar en la cosa la forma y su substancia (art. 796).

El usufructuario puede mudar la forma de la cosa, pero debe conservar su integridad y valor.

Substancia de la cosa es la integridad y el valor de la misma.

Se conserva la integridad de la cosa, manteniéndola indivisa (art. 783). Y se conserva el valor cuando no se causan daños o deterioros considerables a la cosa (art. 841).

Conservar la forma significa que el usufructuario debe mantener el destino que tenía la cosa al tiempo de deferirse el usufructo.

Vodanovic menciona la opinión de ciertos autores, para los cuales "esta materia ha sido enturbiada por sutilezas... y estiman que en el fondo lo que la ley pretende es armonizar los intereses del usufructuario". Por consiguiente, es preciso, en esta materia, adoptar un criterio práctico que permita el "disfrute racional" de la cosa dada en usufructo.

5º— Debe gozar de la cosa como un buen padre de familia.—

Los arts. 819, 820 y 834, entre otros, hacen responsable al usufrutcuario de las pérdidas y deterioros que provengan de su dolo o culpa y de los hechos ajenos a que su negligencia haya dado lugar.

Como la ley no califica la especie de culpa por la que responde el usufructuario, hay que entender que se trata de la culpa leve, que se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano (inc. 3º del art. 29).

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa (inc. 4º del art. 29).

6º— Expensas de conservación y cultivo.— Corresponden al usufructuario todas las expensas ordinarias de conservación y cultivo (art. 827).

Esta disposición se justifica porque el usufructuario es el que percibe las utilidades en cuya producción se han realizado tales expensas.

7º— Cargas periódicas.— Serán de cargo del usufructuario. los cánones, pensiones, y en general las cargas periódicas con que de antemano haya sido gravada la cosa y que durante el usufructo se devenguen. No es lícito al nudo propietario imponer cargas nuevas sobre ella, en perjuicio del usufructo. Corresponde asimismo al usufructuario el pago de los impuestos periódicos fiscales y municipales que la graven durante el usufructo, en cualquier tiempo que se hayan establecido. Si por no hacer el usufructuario estos pagos, los hiciere el propietario, o se enajenare o embargare la cosa dada en usufructo, deberá el primero indemnizar de todo perjuicio al segundo (art. 828).

Se funda esta carga en que quien percibe las utilidades deberá realizar los gastos ordinarios que se devenguen durante el usufructo.

8º— Intereses.— Corresponderá al usufructuario el pago del interés legal mientras dure el usufructo, de los dineros invertidos por el propietario en las obras o refecciones mayores necesarias para la conservación de la cosa (art. 829. inc. 1º).

Se explica esta carga porque las inversiones son hechas por el propietario en interés de la cosa fructuaria, y merced a ellas puede mantenerse la cosa en aptitud de rendir provecho al usufructuario.

9º— Restitución de la cosa.— El usufructo tiene una duración limitada, al cabo de la cual pasa al nudo propietario y se consolida con la propiedad.

Por consiguiente el usufructuario debe restituir la cosa a su dueño al final del usufructo.

Si la cosa en que se ha constituído el usufructo no es fungible, debe restituir la misma cosa cuya forma y substancia está obligado a conservar.

Si la cosa dada en usufructo es funbigle, no cabe la restitución de la misma porque fue consumida por el uso que el usufructuario hizo de ella. En este caso la obligación de restituir cambia de objeto puesto que el propietario se hará meramente acreedor a la entrega de otras especies de igual cantidad y calidad, o si lo prefiere, del valor que éstas tengan al tiempo de terminarse el usufructo.

La obligación de restituir puede diferirse en virtud del derecho de retención que el art. 832 concede al usufructuario, hasta el pago de los reembolsos o indemnizaciones a que está obligado el propietario.

Derechos del nudo propietario.— Los principales derechos o facultades del nudo propietario son los siguientes:

1º— Disposición de la cosa.— La nuda propiedad puede transferirse por acto entre vivos y transmitirse por causa de muerte (art. 805).

La disposición de la nuda propiedad, de cualquier modo que se haga, no perjudica al usufructo, el cual, como gravamen real que es, afecta a la cosa dondequiera que se halle.

Si transfiere o transmite la propiedad, será con la carga del usufructo constituído en ella, aunque no lo exprese (inc. 3º del art. 811).

2º— Hipoteca de la cosa.— El nudo propietario puede hipotecar la propiedad de acuerdo con la regla general del art. 2344.

La hipoteca de ningún modo afecta al usufructo, puesto que recae exclusivamente en la nuda propiedad.

3º— Intervención en ciertos juicios posesorios.— Cuando el juicio posesorio en que interviene el usufructuario versa sobre la posesión del dominio de la finca o de derechos anexos a él, el nudo propietario tiene derecho a intervenir; y la sentencia no valdrá contra él sino cuando ha intervenido en el juicio (inc. 2º del art. 986).

4º— Percepción de ciertos frutos pendientes.— En compensación de los frutos pendientes al tiempo de deferirse el usufructo, que son para el usufructuario, el inc. 2º del art. 813 concede al nudo propietario los frutos que aún estén pendientes a la terminación del usufructo.

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA U.C.
BIBLIOTECA

Debe tenerse en cuenta que el nudo propietario perdería tales frutos pendientes si el usufructuario diese en arriendo el usufructo, con arreglo al inc. 2º del art. 826, pues en este caso, dichos frutos serían para el arrendatario.

5º— Intervención en la formación del inventario.— El art. 810 faculta al propietario para que vigile que se haga el inventario con la debida especificación.

6º— Cobro de intereses por determinadas inversiones.— El art. 829 concede al propietario el derecho de cobrar al usufructuario, mientras dure el usufructo, el interés legal de los dineros invertidos en las obras o refecciones mayores necesarias para la conservación de la cosa.

La disposición es equitativa porque estas obras hechas por el propietario aprovechan al usufructuario mientras ejerce el usufructo, ya que mantienen la cosa en aptitud de rendir utilidad.

7º— Cobro de indemnizaciones.— La obligación general del usufructuario de conservar la forma y substancia de la cosa supone, recíprocamente, el derecho del propietario a ser indemnizado por los deterioros que sufra la cosa en manos del usufructuario.

El Código reconoce expresamente este derecho en varias disposiciones tales como las de los arts. 819, 820, 828, 834.

8º— Derecho al tesoro descubierto.— El dueño tendrá derecho, en todo o en parte, según los casos, al tesoro que se descubra en el terreno que le pertenece y que ha sido dado en usufructo. Así lo disponen los arts. 661 y 818.

9º— Demanda de la terminación del usufructo.— De conformidad con el art. 841, el propietario puede acudir al juez para pedirle que declare extinguido el usufructo por haber faltado el usufructuario a sus obligaciones en materia grave, o por haber causado daños o deterioros considerables a la cosa en que está constituído el usufructo.

10º— Ejercicio de acciones reales.— Cuando el usufructuario o sus sucesores incurren en mora de restituir la cosa, ¿qué acciones podrá proponer el propietario?

"En rigor, dice Planiol, el propietario debiera tener solamente la reivindicación, acción real que presume la prueba de su derecho de propiedad. Pero el propietario puede ejercitar contra el usufructuario o sus herederos una acción personal, teniendo el derecho de obtener la restitución con solamente probar que las cosas por él reclamadas han sido entregadas anteriormente al usufructuario..."

Obligaciones del nudo propietario.— Son principalmente las siguientes:

1º— Obras o refecciones mayores.— La obligación que tiene el propietario de hacer las obras o refecciones mayores, necesarias para la conservación de la cosa, está consignada en el art. 829.

Se entiende por obras o refecciones mayores las que ocurren por una vez o a largos intervalos de tiempo, y que conciernen a la conservación y permanente utilidad de la cosa en que está constituído el usufructo (art. 830).

2º— Respeto de los derechos del usufructuario.— El art. 811 dispone que no es lícito al propietario hacer cosa alguna que perjudique al usufructuario en el ejercicio de sus derechos, a no ser con el consentimiento formal del usufructuario.

Extinción del usufructo

Es característica propia del usufructo el tener una duración limitada, al cabo de la cual se consolida con la propiedad.

La extinción del usufructo es un hecho cierto. Además, el Código tiende a abreviar su vigencia disponiendo, en el art. 837, que en la duración legal del usufructo se cuente aun el tiempo en que el usufructuario no ha gozado de él, por ignorancia, despojo o cualquier otra causa. En el mismo sentido, el art. 840 dice que si una heredad dada en usufructo se inunda, y las aguas se retiran después, revivirá el usufructo por el tiempo que falte para su terminación.

Las causas de extinción del usufructo son las siguientes:

1º— Llegada del día o cumplimiento de la condición prefijados para su terminación (art. 836).

El inc. 2º del art. 836 dispone que si el usufructo se ha constituído hasta que una persona distinta del usufructuario llegue a cierta edad, y esa persona fallece antes, durará dicho usufructo hasta el día en que esa persona hubiera cumplido esa edad, si hubiese vivido.

"Es ésta una simple interpretación de voluntad, dice Planiol. La ley presume que la indicación de la edad se ha dado como término extintivo, y que no se ha pretendido tomar la vida del tercero como condición para la subsistencia del usufructo".

2º— Muerte del usufructuario.— El usufructo es intransmisible por testamento o abintestato (art. 805).

Esto significa que el usufructo puede durar a lo más por toda la vida de una persona; y la muerte del usufructuario lo extingue, aunque ocura antes del día o condición prefijados para su terminación.

3º— Resolución del derecho del constituyente.— Esta causa de extinción, dice Planiol, "se deriva del derecho común".

El inc. 3º del art. 838 se refiere, a modo de ejemplo, al caso en que se ha constituído usufructo sobre una propiedad fiduciaria y llega el caso de la restitución. Se extingue el usufructo.

4º— Consolidación del usufructo con la propiedad.— La consolidación puede ser considerada como efecto o como causa de la extinción del usufructo.

En el art. 797 tiene el sentido de efecto. Según este artículo, el usufructo tiene una duración limitada al cabo de la cual pasa al nudo propietario y se consolida con la propiedad.

La consolidación, como causa de extinción del usufructo, considerada en el inc. 4º del art. 838, consiste en la adquisición de la propiedad por el usufructuario.

La explicación jurídica de este caso de extición la da Planiol al decir que "la consolidación extingue el usufructo ya que nadie puede tener servidumbre alguna sobre su propiedad: nemini res sua servit". Es decir, nadie puede imponer en su propiedad gravamen alguno en favor de sí mismo.

La consolidación se produce en manos del usufructuario cuando adquiere la propiedad por tradición o por sucesión por causa de muerte, habida cuenta que la nuda propiedad puede transferirse por acto entre vivos y transmitirse por causa de muerte (art. 805).

Hay que insistir en lo siguiente: la consolidación es causa de extición cuando se produce en manos del usufructuario al adquirir éste la propiedad.

La consolidación es, en cambio, efecto de la extinción cuando se realiza en manos del nudo propietario, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 797.

5º— **Prescripción.**— Es causa de extinción del usufructo:

a— La prescripción adquisitiva de un tercero, la cual se puede realizar contra el usufructuario, solamente cuando lo que el tercero adquiere es el usufructo; o contra el nudo propietario y el usufructuario, cuando lo que el tercero adquiere por prescripción es la propiedad plena. En la primera hipótesis no hay propiamente extinción sino cambio de titular.

b— La prescripción extintiva motivada por el no ejercicio del derecho por parte del usufructuario, durante cierto tiempo.

La prescripción extintiva del usufructo por falta de ejercicio de este derecho, es materia controvertida. El derecho francés la acepta expresamente porque, a juicio de Planiol, se trata de "la aplicación de una regla general: todos los derechos reales, aparte la propiedad, se extinguen por efecto de la prescripción extintiva".

6º— **Renuncia del usufructuario.**— Esta causa de extinción se conforma con la disposición del art. 11, según la cual, se pueden renunciar los derechos, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia.

En el caso del usufructo no sólo no está prohibida la renuncia, sino que está autorizada por el último inciso del art. 838.

7º— **Destrucción completa de la cosa.**— El art. 839 dice que el usufructo se extingue por la destrucción completa de la cosa en que está constituído. Si sólo se extingue una parte, subsiste el usufructo en lo restante.

La destrucción completa de la cosa se debe entender no sólo en sentido físico. Por extensión podría aplicarse a todos los casos en que el usufructo quedara sin objeto, ya porque la cosa se hubiese

destruído físicamente, de modo completo; o ya por motivos meramente jurídicos como la expropiación de la cosa en que se constituyó el usufructo.

Según los inc. 2º y 3º del art. 839, si todo el usufructo está reducido a un edificio, cesará para siempre por la destrucción completa de éste, y el usufructuario no conservará derecho alguno sobre el suelo. Pero si el edificio destruído pertenece a una heredad el usufructuario de ésta conservará su derecho sobre toda ella.

Téngase presente que, según el art. 831, si un edificio viene todo a tierra, por vejez o por caso fortuito, ni el propietario ni el usufructuario estarán obligados a reponerlo.

Del estudio conjunto de los arts. 831 y 839 se sigue que la extinción del susufructo se produce solamente cuando la destrucción completa de la cosa es el resultado de caso fortuito o fuerza mayor. Por esto Planiol enseña: "La pérdida de la cosa solamente extingue el usufructo si es consecuencia de un caso fortuito. Cuando resulta de la culpa de una de las partes o de un tercero, el usufructo no desaparece y se ejercita sobre la indemnización debida, bien sea en virtud de las reglas referentes a las obligaciones respectivas del usufructuario y del nudo propietario, sea por el derecho común de la responsabilidad".

8º Sentencia del juez.— El usufructo termina por sentencia de juez que, a instancia del propietario, lo declara extinguido por haber causado daños o deterioros considerables a la cosa en que está constituído el usufructo.

El juez, según la gravedad el caso, podrá ordenar, o que cese absolutamente el usufructo, o que vuelva al propietario la cosa, con cargo de pagar al usufructuario una pensión anual determinada, hasta la terminación del usufructo (art. 841).

Extinción del cuasi usufructo.— Al hablar de las causas de extinción el Código se refiere al usufructo, en general. Pero como el cuasi usufructo presenta características peculiares, es preciso tener en cuenta que, como advierte Planiol, "no tiene más causas de extinción que la muerte del usufructuario y el cumplimiento del término; pero como no existe sino como accesorio de un usufructo universal, queda englobado en el efecto extintivo del modo que da fin al derecho principal del usufructuario".

Juicio Espinosa — Izquierdo.

Quito, a 30 de abril de 1958... "1º De la copia del testamento otorgado por Jacinta Mendoza v. de Barreiro, el 26 de marzo de 1917, que se halla legalmente protocliazado e inscrito en la Oficina de Anotaciones del Cantón Quito, consta en la cláusula sexta, que la testadora instituye a su hermana legítima Celinda Feliza de Espinosa, de única heredera; pero con la condición de que después de sus días, pase a ser propiedad de los hijos de Julio José Espinosa, Esther María y Julio Enrique Espinosa, entenados de su referida hermana, la casa mencionada en la cláusula anterior (situada en la ciudad de Portoviejo y un solar anexo) expresando que le instituye como legataria y usufructuaria a su hermana Celinda; 2º) De la partida de defunción de fs. 9, consta que Celinda Mendoza falleció el 11 de diciembre de 1940, terminando en esa fecha el derecho de usufructo, al tenor de lo prescrito en el art. 831 del Código Civil; 3º) De las copias que obran a fs. 34-36 y 44-46, consta que Celinda Mendoza de Espinosa, el 13 de diciembre de 1923 "vende perpetuamente" a favor de Bolívar Izquierdo Mendoza la casa y respectivo solar, que fue materia del legado y usufructo, en Portoviejo... expresando que adquirió por herencia según el testamento otorgado en la ciudad de Quito habiéndose inscrito la escritura de venta el 24 de enero de 1924; 4º) Atendiendo al claro tenor, al espíritu y alcance de la enunciada cláusula testamentaria, contiene una asignación condicional de día cierto pero indeterminado y envuelve la condición de existir los asignatarios en ese día, constituyendo en esta forma un usufructo y un fideicomiso, al mismo tiempo; cosa que permite la ley en el art. 768, por lo que tienen la calidad de fideicomisarios Esther María y Julio Enrique Espinosa; 5º) Conforme dispone el art. 746, (748), el usufructuario es mero tenedor porque reconoce dominio ajeno, y sólo puede dar en arriendo o ceder el usufructo, conforme prescribe el art. 823 (825) del mismo Código Civil siendo la vida el límite máximo de su duración cuando no se ha constituído a plazo fijo; y es incuestionable que a los actores designados en el testamento de Jacinta Mendoza v. de Barreiro, que no ha sido revocado, debía restituírseles el precitado inmueble; sin que por lo tanto surja ningún efecto en su contra la venta realizada por Celinda M. de Espinosa, que no pudo a título translativo de dominio vender la casa de la que era usufructuaria sino únicamente transferirla en arrendamiento por cesión de su uso y goce; 6º) A nadie le es permitido cambiar por su sola voluntad el título en que se funda ni le es dado al comprador otros derechos a más de los que le correspondían al tradente conforme prescribe el art. 715 (717) y si no existe justo título y posesión regular, no se puede adquirir por prescripción ordinaria bienes que están sujetos al gravamen de restitución al tiempo de la muerte del usufructuario, contrariando el objeto y los fines de la institución testamentaria; en el caso, del usufructo y fideicomiso..."— Gaceta Judicial Serie IX, Nº 1.

CAPITULO XI

DE LOS DERECHOS DE USO Y DE HABITACION

Definición.— El derecho de uso es un derecho real que consiste, generalmente, en la facultad de gozar de una parte limitada de las utilidades y productos de una cosa. Si se refiere a una casa y a la utilidad de morar en ella, se llama derecho de habitación (art. 843).

Naturaleza jurídica.— El uso es un derecho real de goce en cosa ajena. Hay dos derechos coexistentes: el del propietario y el del usuario y tiene, por consiguiente, una duración limitada.

El uso es de idéntica naturaleza que el usufructo; se diferencia de éste sólo en la cuantía de las utilidades que se otorgan. El usufructo permite el goce total de la cosa. El uso, solamente una parte limitada de las utilidades. Con razón el uso ha sido llamado "pequeño usufructo".

Evolución.— Primitivamente el derecho de uso estuvo reducido a la facultad de usar, sin participación alguna en las utilidades de la cosa: "nudus usus id est sine fructu". El usuario no tenía sino el "jus utendi".

Más tarde los romanos agregaron al derecho de uso una pequeña participación en las utilidades, "modica perceptio"; y con este alcance ha sido elaborado en las legislaciones modernas.

Determinación de la cuantía.— La extensión con que se concede el derecho de uso o de habitación se determina en el título que los constituye; y a falta de esta determinación en el título se regla por los arts. 847, 848, 849 (art. 846).

La voluntad del constituyente, expresada en el título, prevalece en esta materia.

Las disposiciones de los arts. 847, 848 y 849 son supletorias; pero sirven para explicar el alcance que el legislador ha querido dar a este derecho, y sólo dentro de los límites contenidos en dichas disposiciones puede moverse la voluntad del constituyente para otorgar al usuario mayor o menor participación en las utilidades de la cosa.

El derecho de uso, por su origen y por el sentido de los arts. 847, 848 y 849, tiene un alcance "casi alimentario", según la expresión de Brugi. "Esta fijación del uso, agrega este autor, a tenor de las necesidades personales, que domina en las leyes modernas, derivó de la interpretación de los legados de uso que dieron oportunamente los jurisconsultos romanos. El límite de la necesidad sirve para conferir aspecto determinado al uso y para diferenciarlo del usufructo; apenas se rebasa aquél, se entra en el usufructo verdadero, del que aquél es, desde luego, una modificación".

El uso y la habitación, según el art. 847, se limitan a las necesidades personales del usuario o del habitador.

En las necesidades personales del usuario o del habitador se comprenden las de su familia.

Para el solo efecto de determinar la cuantía del uso, los incs. 3º, 4º y 5º del art. 847 dan un concepto amplio de familia, entendiendo por tal la mujer y los hijos, tanto los que existan al momento de la constitución, como los que sobrevengan; y esto aun cuando el usuario o habitador no estén casados, ni hayan reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución. Comprende, asimismo, el número de sirvientes necesarios para la familia. Comprende, además, las personas que a la misma fecha vivían con el habitador o usuario, y a costa de éstos; y las personas a quienes éstos deban alimentos.

Si se trata de una heredad, el art. 849 dispone que el usuario tiene solamente derecho a los objetos comunes de alimentación y combustible; no a los de una calidad superior.

El art. 848 acentúa más todavía el carácter alimentario del derecho de uso al disponer que en las necesidades personales del usuario o del habitador no se comprenden las de la industria o tráfico en que se ocupan. Así, el usuario de animales no podrá emplearlos en el acarreo de los objetos en que trafique, ni el habitador servirse de la casa para tiendas o almacenes. A menos que la cosa en que se conceda el derecho, por su naturaleza y uso ordinario y por su relación con la profesión o industria del que ha de ejercerlo, aparezca destinada a servirle en ellas.

Constitución del derecho de uso.— La semejante naturaleza de los derechos de usufructo y de uso explica que el art. 844 establezca que el uso y la habitación se constituyen y pierden de la misma manera que el usufructo.

Sobre esta disposición se debe observar que no existe derecho de uso legal. Todo uso o habitación son voluntarios.

Reglas propias del uso y la habitación.— A pesar de la semejanza del uso con el usufructo, aquél se rige por algunas reglas especiales que armonizan con sus finalidades y características peculiares.

Caución e inventario.— Ni el usuario ni el habitador están obligados a prestar caución. Pero el habitador está obligado a formar inventario; y la misma obligación se extenderá al usuario, si el uso se constituye sobre cosas que deban restituirse en especie (art. 845).

Administración.— El usuario de una heredad no administra. Por consiguiente, las utilidades que le correspondan deberá recibirlas del dueño o tomarlas con su permiso (art. 849). Además, el usuario no realiza él mismo las expensas de conservación y cultivo, sino que contribuye a ellas, pues debe hacerlas el propietario (art. 850).

Responsabilidad del usuario y del habitador.— El usuario y el habitador deben usar los objetos comprendidos en sus respectivos derechos con la moderación y cuidado propios de un buen padre de familia (art. 850). Por lo tanto, son responsables hasta de la culpa leve.

Expensas.— Como el usuario tiene sólo un goce parcial de la cosa, estará obligado únicamente a contribuir a las expensas ordinarias de conservación y cultivo, a prorrata del beneficio que reporte.

Esta obligación no se extiende al uso o la habitación que se dan gratuitamente a personas necesitadas (art. 850).

El uso y la habitación son intransferibles e intransmisibles.— Los derechos de uso y habitación tienen un carácter personalísimo. Son intransmisibles a los herederos y no pueden cederse a ningún título, prestarse ni arrendarse.

El Código no sólo prohibe la transferencia y transmisión del derecho mismo, sino también de los objetos a que se extiende el ejercicio del derecho (inc. 2º del art. 851).

Pero el usuario bien puede dar los frutos que le es permitido consumir en sus necesidades personales (inc. 3º del art. 851). Esto se debe a que el usuario se hace dueño de las utilidades que le corresponden en virtud de la constitución del derecho.

El uso y la habitación sin inembargables.— No es procedente el embargo de estos derechos debido al carácter personalísimo de los mismos.

La inembargabilidad de estos derechos está expresamente reconocida en el art. 1661, según el cual no son embargables... 9º los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, como los de uso y habitación.

El propietario de una casa, no está obligado a indemnizar los perjuicios que la construcción de las obras o refacciones mayores ocasionaren a las personas que tienen el derecho de habitación en una o más piezas de ella. Si dichas personas abandonan las piezas durante la construcción, no pierden, por eso, el derecho de habitarlas después; derecho que sólo se extingue por la destrucción total de la cosa en que está constituído. Gaceta Judicial Serie I, Nº 129.

CAPITULO XII

DEL PATRIMONIO FAMILIAR

Consideraciones generales.— La familia, entendida como la comunidad de individuos vinculados por el parentesco y el matrimonio, tiene notoria relevancia por las relaciones morales y jurídicas que suscita, así como porque es la base de un adecuado ordenamiento social.

La familia, "este germen de la sociedad" (Pío XII: Ubi arcano) necesita, para cumplir sus fines propios, una base física de sustentación. "No obstante el derecho de propiedad personal que corresponde a cada miembro de la comunidad familiar es deseable que ciertos bienes patrimoniales le sean, en cuanto familia, afectados y reservados en virtud de un derecho estricto, cualesquiera sean las formas jurídicas que asuman estas afectaciones y reservas" (Unión Internacional de Estudios Sociales de Malinas).

Las legislaciones han dado considerable atención a la problemática de la familia; pero en el derecho histórico se encuentran solamente tratados dispersos e inconexos de las cuestiones pertinentes tales como el matrimonio, el parentesco, las guardas, la patria potestad, etc. En general ninguna de las legislaciones vigentes hasta el pasado siglo logró consignar disposiciones sistemáticas que fuesen un conjunto unitario y armónico merecedor del nombre de derecho de familia; lo cual se debió quizás a que se la consideró a la comunidad familiar preferentemente como realidad sociológica, sin relevar de modo positivo sus implicaciones jurídicas.

Se debe a Savigny el análisis profundo de las relaciones jurídicas dimanadas de la organización familiar. Sólo a partir de él la ciencia jurídica enfoca unitariamente las cuesiones que a la familia conciernen, dando lugar a la elaboración del Derecho de Familia como parte integrante del Derecho Civil. "Solamente si se agrupan en torno a la familia, dice Mazeaud, cuantas instituciones le conciernen y si, de esa manera, se hace de la misma un estudio de conjunto, es como será posible elevarse a una visión total de su régimen jurídico, especialmente de la protección que el derecho debe asegurarle. Una cosa es proteger a la mujer, al marido, a los hijos; y otra cosa proteger a la familia considerada como institución. El interés individual de cada uno de los miembros de la familia deberá ceder a veces ante

el interés general de la misma, y no solamente de tal o cual familia particular de la que se sea miembro, sino de la familia como elemento básico de la sociedad".

Los juristas han discutido ampliamente la conveniencia de dotar de personería jurídica a la familia como tal por estimar que así lograría cabal protección frente a los individuos y al Estado.

Aspectos patrimoniales del régimen familiar.— Una parte del Derecho de Familia regula las relaciones económico-patrimoniales existentes entre los integrantes del núcleo familiar. En nuestro Derecho Civil las regulaciones se refieren principalmente:

a) a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges: capitulaciones matrimoniales, sociedad conyugal, gananciales, etc.;

b) a los alimentos que se deben a ciertas personas de familia;

c) al usufructo de los padres o de la sociedad conyugal sobre ciertos bienes del hijo;

d) al haber de la sociedad conyugal; y

e) al patrimonio familiar.

Además, el derecho sucesorio y el de familia se encuentran íntimamente vinculados.

Antecedente histórico del patrimonio familiar.— Los orígenes del moderno patrimonio familiar son controvertidos; pero es lo cierto que desde remotos tiempos se encuentran leyes reguladoras de la vida familiar, las cuales toman en cuenta las circunstancias económicas adecuadas al normal desenvolvimiento de la familia entendida como base o núcleo de la sociedad.

Quizás ciertas instituciones como el heredium familiae de los romanos o las vinculaciones feudales sean antecedentes del patrimonio familiar; pero sólo a partir del siglo XIX tuvo notable desenvolvimiento. Donalson afirma que el homestead es institución original norteamericana; "no lo hemos tomado de ninguna otra nación, dice, lleva el sello de la originalidad de nuestra raza y subsiste como testimonio real y vivificante de la sabiduría y patriotismo de los que lo han establecido". Como quiera que sea, es lo cierto que la mayor parte de las legislaciones contemporáneas, europeas y americanas, contienen normas relativas al patrimonio familiar, llamado bien de familia en varios ordenamientos jurídicos.

Legislación ecuatoriana.— A partir de 1939 la legislación ecuatoriana contiene abundantes normas constitucionales y legales sobre el patrimonio familiar: el art. 166 de la Constitución Política de 1946 establece el patrimonio familiar inalienable e inembargable, cuya cuantía y demás condiciones serán reguladas por la ley.— El art. 29 de la Constitución de 1967 dice: El Estado reconoce la famlia como célula fundamental de la sociedad y la protege igual que al matrimonio y a la maternidad. El art. 31 de la misma Constitución establece que el Estado procurará asegurar a la familia condiciones morales, culturales y económicas que favorezcan la consecución de sus fines y le permitan disfrutar de una vivienda digna. Estáblecese el patrimonio familiar inalienable e inembargable, cuya cuantía y condiciones serán reguladas por la ley.— Otras leyes, como la anterior de Reforma Agraria, las de las Mutualistas, etc. tienen normas sobre la materia; y, por fin, el Código Civil se ocupa ampliamente del patrimonio familiar.

Ubicación en el Código.— Aunque la materia concerniente al patrimonio familiar o bien de familia es parte del Derecho de Familia, nuestro legislador lo ha ubicado entre las limitaciones del dominio y como tal consta en el Libro II del Código Civil.

Concepto de patrimonio familiar.— El Código Civil no ha definido el patrimonio familiar; y, en verdad, es difícil elaborar un concepto valedero. No está integrado por bienes que pertenezcan a la familia, ya que ésta no puede ser titular de derechos patrimoniales por carecer de personería jurídica. Los bienes que lo forman son inmuebles que, perteneciendo al constituyente, quedan destinados al sustento de los componentes familiares mediante un régimen especial.

El concepto de patrimonio familiar o bien de familia ha sido desarrollado en la doctrina: según Guastavino "el bien de familia es una institución jurídica del Derecho de Familia patrimonial y por lo tanto del Derecho Civil, concerniente a un imueble urbano o rural, ocupado o explotado por los beneficiarios directamente, limitado en su valor, que por destinarse al servicio de la familia goza de inembargabilidad, es de restringida disponibilidad, se encuentra desgravado impositivamente y subsiste en su afectación después del fallecimiento del titular del dominio".

Naturaleza jurídica.— Visto el patrimonio familiar en su conjunto se nos presenta como una limitación del dominio —art. 766—. La limitación consiste en que el dueño queda impedido de ejercitar la facultad de disposición —art. 856—. Además, en virtud de la constitución del patrimonio familiar se crea una comunidad de goce entre el instituyente y los beneficiarios —art. 855—. Esta comunidad no es la ordinaria del Código porque no hay cuotas, sino una comunidad suigéneris que no puede terminar por la partición.

Objeto del patrimonio familiar.— Según varias disposiciones del Código —arts. 852, 853— se puede constituir patrimonio familiar solamente sobre inmuebles, urbanos o rústicos, cuyo valor no exceda de trescientos mil sucres y de un adicional de veinticinco mil sucres por cada hijo —art. 860—. Dichos bienes han de estar exentos de gravámenes hipotecarios o embargos y tampoco han de ser litigiosos —art. 862—.

Mientras dura la afectación al régimen del patrimonio familiar el inmueble que le sirve de objeto queda fuera del comercio puesto que es inalienable y no está sujeto a embargo ni a gravamen real salvo el de las servidumbres preestablecidas o que sean legales o forzosas —art. 856—. Tampoco puede dicho bien ser objeto de división, comodato, sociedad, etc. —art. 857—. Por consiguiente su enajenación sería nula por tener objeto ilícito a causa de lo dispuesto en el art. 1507.

Constituyentes del patrimonio familiar.— Los constituyentes del patrimonio familiar, dada su propia naturaleza, pueden ser tan sólo personas naturales integrantes de una agrupación familiar. Sin embargo el Código permite que una persona viuda, divorciada o célibe constituya el patrimonio en su exclusivo beneficio —art. 854—.

En la edición anterior del Código se exigía, para la validez del acto constitutivo, que el constituyente tuviera por lo menos un hijo menor de edad, exigencia que no consta en el art. 861 de la edición vigente. Por consiguiente, al relacionar los arts. 854 y 861 podría llegarse a la conclusión de que cabría constituir patrimonio familiar aunque se prescindiese de la familia del constituyente o porque así lo deseara éste o porque la familia no existiese. Este planteamiento pugna con la naturaleza de la institución y no tiene antecedente en la legislación comparada.

Según el Código, además de los ya mencionados viudo, divorciado o célibe, pueden constituir patrimonio familiar el marido, la mujer o ambos conjuntamente sobre bienes raíces de su exclusiva propiedad o pertenecientes al haber social. Esta titularidad dominical exclusiva exigida por la ley impide la constitución sobre bienes en condominio.

Los constituyentes han de ser mayores de edad, plenamente capaces y con facultad de disposición de sus bienes, aun cuando el acto constitutivo no signifique enajenación sino tan sólo limitación del dominio, lo cual se explica por la importancia y las consecuencias de la constitución.

El acto constitutivo del patrimonio familiar, aunque no implique enajenación, se asemeja a un acto de disposición. No es acto de mera administración porque, de serlo, sería innecesaria la intervención de la mujer cuando la constitución recayese sobre bienes pertenecientes al haber social puesto que, según el art. 180, el marido es jefe de la sociedad conyugal y como tal administra libremente los bienes sociales.

Beneficiarios.— Los beneficiarios del patrimonio familiar son los propios constituyentes, los hijos menores, los hijos mayores incapaces y los demás descendientes hasta el segundo grado de consanguinidad. Los beneficios se extienden a los descendientes que sobrevengan después de la constitución —art. 866—. Se toma en cuenta la filiación legítima, la ilegítima y la adoptiva.

El art. 866 reforma el sistema anterior que atribuía los beneficios del patrimonio familiar a los hijos menores de edad y a los instituyentes. En el sistema actual son también beneficiarios determinadas personas mayores de edad.

Mons. Juan Larrea Holguín, autor de la reforma, la explica del modo siguiente: "Por otra parte, dice, parece razonable que se pueda beneficiar también a mayores de edad; en algunos casos los mayores de edad pueden estar más desvalidos que los menores: por ejemplo, si se trata de mujeres solteras, o de varones incapaces por enfermedades o vicios, ineptitud para la vida, etc.; todas esas variadas circunstancias resulta mejor que las aprecien libremente los mismos padres".

No habría inconveniente en hacer beneficiarios a ciertos mayores que por sus peculiares condiciones físicas o mentales fuesen tan desvalidos y dignos de ayuda como los menores; y por consiguiente, nos parece que la idea que inspiró la reforma es evidente; pero en los términos en que está redactada entraña una injusticia porque pone en inferior condición a los hijos que a los demás descendientes, p.e. nietos o bisnietos. En efecto, los hijos mayores pueden ser beneficiarios si son incapaces, y no existe esta restricción para los demás descendientes mayores.

Constitución del patrimonio familiar.— El patrimonio familiar se puede constituir: 1º) por la ley; y 2º) por acto entre vivos.

Patrimonio legal: Por mandato de la ley determinadas propiedades inmobiliarias quedan constituídas, de pleno derecho, en patrimonio familiar. Tal es el caso de los imuebles que caen bajo el régimen de ciertas instituciones mutualistas, del Banco Ecuatoriano de la Vivienda, etc.

La Ley de Reforma Agraria de 1964, en su art. 48 disponía que la unidad agrícola familiar constituirá de pleno derecho patrimonio familiar agrícola. En cambio la vigente Ley de Reforma Agraria no contiene una disposición semejante.

Patrimonio constituído por acto entre vivos.— El sistema adoptado por nuestra legislación para la constitución del patrimonio familiar es de los llamados mixtos porque requiere de autorización judicial y de escritura pública inscrita.

¿Puede constituirse patrimonio familiar por acto testamentario?

Nuestro Código Civil no contempla esta forma de constitución; y es de lamentar este vacío de la Ley pues, como dice el italiano Gangi "no hay motivos para negarla (la facultad de constituir testamentariamente el patrimonio) al padre de famlia o al esposo que dispone la afectación en beneficio de sus propios hijos o de su cónyuge en un acto de encomiable previsión".

La constitución testamentaria del patrimonio familiar es aceptada expresamente por las legislaciones argentina, colombiana, uruguaya, peruana, italiana, francesa, etc.

Formalidades de la constitución.— Las formalidades requeridas por la ley para la constitución del patrimonio familiar son: 1º) Autorización judicial; 2º) Audiencia del ministerio público; 3º) Escritura pública inscrita; y 4º) Publicidad.

Intervención de los acreedores del constituyente.— Como los bienes que son objeto del patrimonio familiar no están sujetos a embargo y quedan exluídos de toda acción de los acreedores, podría ocurrir que éstos se viesen impedidos de cobrar lo que el constituyente les deba. Y para que la constitución del patrimonio familiar no redunde en perjuicio de terceros, en este caso de los acreedores, la ley les permite que intervengan con un doble propósito: oponerse a la constitución o ejercer acción rescisoria respecto del patrimonio ya constituido.

El juez no concederá licencia para la constitución mientras el instituyente no cancele la obligación o asegure suficientemente el pago. —art. 864— Si ya está constituido el patrimonio hay lugar a la acción rescisoria del art. 867.

La acción del art. 867.— El art. 867 dispone que la constitución del patrimonio familiar no podrá hacerse en perjuicio de los derechos de los acreedores, ni de las personas a quienes deba alimentos el instituyente (los alimentarios también son acreedores) quienes podrán ejercer en contra de éste acción rescisoria dentro del plazo de prescripción que se contará desde la inscripción de la escritura.

El art. 1724 dispone que es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa.

Cuando en el acto o contrato falta alguno de los requisitos exigidos por la ley, la nulidad es absoluta o de pleno derecho. La ley la ha establecido por razones de interés general y debe ser declarada de oficio.

Hay nulidad relativa o rescisión cuando en la celebración del acto o contrato se lesiona un interés privado, ya sea por el estado de las personas o por haber intervenido el error, la fuerza o el dolo, o también por ser dicho acto o contrato atentatorio a la equidad que debe existir en las relaciones de derecho. La ley la ha establecido como una medida de protección; existe relativamente a las personas afectadas o lesionadas y sólo puede ser alegada por éstas.

El Código establece la rescisión por lesión en la compraventa —art. 1855— y en la partición de bienes —art. 1391—. En ambos casos se entiende que el daño o lesión es un hecho producido o realizado, de modo que la rescisión tiene en estos casos efecto correctivo y no preventivo.

El caso del art. 867 es el de la acción pauliana establecida expresamente en el art. 2394, del modo que sigue: En cuanto a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o la apertura del concurso, se observarán las disposiciones siguientes: 1º) Los acreedores tendrán derecho para que se rescindan los contratos onerosos y las hipotecas, prendas, anticresis o constitución de patrimonio familiar, que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, estando de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero.

La acción pauliana es una acción revocatoria que se concede a los acreedores para que se rescindan los actos o contratos en que el deudor otorgante ha procedido de mala fe y en perjuicio de sus derechos.

Esta acción se inspira en el principio de que el acreedor ejerce un derecho de prenda general en los bienes del deudor, por lo cual toda obligación personal da al acreedor el derecho de hacerla efectiva en todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables. —art. 2391—. Y como al constituir patrimonio familiar el deudor impide la persecución de los acreedores en un bien raiz determinado, afecta por lo mismo al mencionado principio reconocido en el art. 2391.

No significa tal principio que el deudor no pueda en absoluto disponer de sus bienes, sino que no lo puede hacer estando de mala fe, en perjuicio de sus acreedores.

Para obtener la rescisión del patrimonio familiar ya constituído deben probar los acreedores la mala fe del constituyente y que la constitución les ha ocasionado perjuicio, esto es, que el deudor ha quedado insolvente, pues si tuviese otros bienes no se justificaría la acción rescisoria.

Inalienabilidad e inembargabilidad.— La base del sistema del patrimonio familiar consiste, como se dijo antes, en que los bienes que lo integran quedan fuera del comercio y al margen de toda acción de los acreedores: dichos bienes son inalienables e inembargables.

Las dos ideas, por supuesto, están correlacionadas y la una fluye de la otra.

La inmunidad de los bienes reservados es total: se refiere a toda acción de los acreedores —art. 852—, sin distinguir las distintas clases de obligaciones que tenga el deudor constituyente, salva la acción rescisoria que la pueden ejercer los acreedores en los casos de constitución fraudulenta hecha en perjuicio de sus derechos.

Acreedores privilegiados.— En la legislación comparada se encuentran diversas clases de acreedores para quienes no rige el principio de inmunidad del patrimonio familiar. Este problema ha tenido soluciones diversas en los distintos ordenamientos jurídicos.

En la legislación ecuatoriana tenemos ejemplos de acreedores privilegiados en el sentido indicado, tales como determinadas asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda.

Administración del patrimonio familiar.— Según el inc. 1º del art. 859, la administración del patrimonio familiar está sujeta a las reglas comunes dadas para la administración de la sociedad conyugal. Es decir, si los inmuebles en que se ha constituído pertenecen al haber social la administración le corresponde al marido en cuanto jefe de la sociedad conyugal —art. 180—.

Si los bienes pertenecen al marido, el patrimonio será administrado por éste: y si pertenecen a la mujer, a ella le corresponde la administración. Esto se debe a que, de acuerdo con los principios del derecho común, la facultad de administrar se deriva del dominio y éste no se pierde por la constitución del patrimonio familiar, sino que simplemente se limita.

En caso de falta o impedimento de uno de los cónyuges le reemplazará el otro; y a falta de ambos, el administrador que nombren los beneficiarios mayores de edad y el curador o curadores que representen a los menores —inc. 2º del art. 859—.

También puede el juez nombrar administrador a petición de la mayoría de los beneficiarios. —art. 859—.

Extinción del patrimonio familiar.— Las causas de extinción del patrimonio familiar están determinadas en el art. 868. Son las siguientes:

1º) El fallecimiento de todos los beneficiarios, si el constituyente es célibe.

Esta primera causal sugiere algunas consideraciones. En primer lugar debe recordarse que, en fuerza de la conjunción disyuntiva **"o"** que el legislador usa en el art. 854, el constituyente viudo, divorciado o célibe puede ser él solo el beneficiario. Por consiguiente, la discordancia entre los arts. 854 y 868 Nº 1 es notoria, siendo esta última disposición la que a nuestro entender, se acomoda mejor con los principios que rigen la institución.

Además cabe preguntar: ¿el fallecimiento de todos los beneficiarios, no siendo célibe el constituyente, extingue el patrimonio familiar?.

La primera causal de extinción implícitamente establece que, en tal hipótesis, no se extingue el patrimonio familiar; pero esta conclusión no armoniza con los principios generales según los cuales la vigencia de la institución requiere de una base familiar. Así lo reconoce el art. 852 al establecer que el marido, la mujer o ambos podrán constituir patrimonio familiar para sí y en beneficio de sus descendientes. La conjunción copulativa **"y"** aquí empleada denota el verdadero sentido de esta importante institución jurídica.

2º) La terminación del estado de matrimonio, siempre que hubieren fallecido los beneficiarios.

Esta causa de extinción se acomoda a los principios generales según los cuales la existencia de beneficiarios impide que se extinga el patrimonio. A esto se debe que el art. 859 dispone que el divorcio de los cónyuges no se inscribirá en el Registro Civil sino cuando se haya provisto la administración del patrimonio familiar.

3º) El acuerdo entre los cónyuges si no existiere algún hijo o nieto de uno de ellos o de ambos que tuviere derecho a ser beneficiario.

Si hay beneficiarios no puede extinguirse el patrimonio; y si el acuerdo de los cónyuges sirvió para constituirlo es inepto para ponerle fin porque lo impide la presencia de las personas en cuyo favor se estableció.

4º) La subrogación por otro patrimonio que podrá ser autorizada por el juez, previa solicitud del instituyente.

La subrogación real, a la cual se refiere este numeral, consiste en poner una cosa en el lugar de otra, con el efecto de que aquella toma la calidad jurídica de ésta. Así ocurre, p. e. según el art. 159, cuando un inmueble es subrogado a otro inmueble propio de alguno de los cónyuges. En este caso como el primer inmueble no forma parte del haber de la sociedad conyugal, tampoco el segundo inmueble aumentará dicho haber.

¿Qué ocurre tratándose del patrimonio familiar? El num. 4º del art. 868 permite que un inmueble subrogue a otro que es objeto del patrimonio ya constituido. Pero ¿es esto un caso de extinción? Sabemos que, de acuerdo con las ideas generales de la subrogación real, la cosa subrogante ocupa el lugar de la subrogada, con sus mismas calidades jurídicas; la una funciona por la otra, la reemplaza. La subrogación real es una ficción jurídica que permite considerar a la cosa subrogante como si fuera la subrogada. Por consiguiente, al operarse la subrogación real, debidamente autorizada por el juez, el patrimonio no se extingue sino que cambia de objeto, continúa vigente en la cosa subrogante, sin que cambie ninguno de los demás elementos primitivos del patrimonio familiar constituido.

Efectos de la extinción del patrimonio familiar.— El art. 874 trata de algunos efectos que se siguen de la extinción del patrimonio familiar. Este artículo, tomado del 746 del Código Civil mexicano, dispone que si se extingue el patrimonio familiar, los bienes que lo formaban volverán al pleno dominio del que lo constituyó o de la sociedad conyugal, según el caso, o pasarán a los herederos que tengan derechos en ellos.

Por consiguiente, el principal y primer efecto de la extinción del patrimonio familiar consiste en la desafectación de los bienes y su retorno al régimen jurídico ordinario. Cesa por lo tanto la inembargabilidad, la inalienabilidad y la indivisión forzosa. Los bienes desafectados vuelven a integrar el objeto del derecho de prenda general de los acreedores.

Algunos aspectos vinculados con el patrimonio familiar.

1º) Mientras está vigente el patrimonio familiar ¿son reivindicables los bienes en que ha sido constituido?

Nuestro Código no resuelve expresamente esta cuestión; pero a nuestro entender no hay inconveniente para que se ejerza la acción reivindicatoria respecto de un bien afectado al patrimonio familiar, puesto que "el amparo a la familia no puede realizarse a expensas del derecho de propiedad de un tercero".

El que reinvindica no es un acreedor, sino el dueño que demanda la restitución del inmueble cuya posesión ha perdido; y recíprocamente el poseedor vencido que restituye no enajena porque tal bien nunca estuvo en su patrimonio.

El art. 856 del Código no es, por consiguiente, obstáculo para el ejercicio de la acción reinvindicatoria la cual, por otra parte, está expresamente reconocida en ciertas legislaciones que, como la argentina, tratan prolijamente de la institución del bien de familia.

2º) Disuelto el vínculo matrimonial ¿cuál es el destino del bien social afectado al patrimonio familiar?

Es sabido que la terminación del estado de matrimonio no extingue el patrimonio familiar, sino en falta de beneficiarios y, por consiguiente, disuelto el matrimonio continúa la afectación de los bienes constitutivos.

Ahora bien, si el patrimonio fue constituído de común acuerdo por ambos cónyuges sobre inmuebles pertenecientes al haber social, ¿cuál será la consecuencia respecto de dichos bienes si se disuelve la sociedad conyugal, en la hipótesis de existir beneficiarios?

En nuestro Código se encuentra el inc. 4º del art. 859, norma que se refiere concretamente a la obligación que tienen los cónyuges, en caso de divorcio, de acordar entre ellos la administración del patrimonio familiar; pero nada se establece acerca de la adjudicación de los inmuebles afectados, como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal y de la partición de gananciales.

A nuestro entender, para resolver este caso se ha de tener en cuenta que los bienes afectados al patrimonio familiar son indivisibles —art. 857— y no se podrá hacer partición de ellos mientras dure la afectación.

Este criterio ha de ser tenido en cuenta tanto en la adjudicación de gananciales como en los casos de sucesiones hereditarias. Los bienes afectados permanecerán indivisos mientras subsista la afectación.

La ley de patrimonio familiar constante en el Libro II del Código Civil es un buen avance de la legislación; pero adolece de ciertos vacíos e incongruencias y no armoniza plenamente en el contexto del Código, lo cual se debe a que fue tomada de otros ordenamientos jurídicos cuya legislación civil no es idéntica a la nuestra. Por lo tanto es preciso que se procure su cabal sistematización.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FUNDADA EN 1620
QUITO

CAPITULO XIII

DE LAS SERVIDUMBRES

Consideraciones preliminares.— El adecuado desenvolvimiento y la comodidad de la propiedad inmueble, así como el eficaz funcionamiento de los establecimientos industriales, hacen indispensable la imposición de determinados gravámenes sobre unos predios en beneficio de otros predios.

"Las servidumbres, dice Planiol, constituyen una numerosa familia: ni su número se halla determinado por la ley".

El Código trata de algunas de ellas aunque, como veremos más adelante, hace falta una mejor sistematización de la materia dentro de la legislación general.

Definición.— Servidumbre predial, o simplemente servidumbre, es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño (art. 876).

En esta definición se nota el afán que ha tenido el legislador de establecer claramente que las únicas servidumbres reconocidas o posibles son las prediales. El origen de este planteamiento se encuentra en el derecho francés, al que sigue nuestro Código en esta materia. Superado el feudalismo, quisieron los redactores del Código francés que no quedase en la ley nada que pudiese denotar servidumbre personal.

Elementos de la servidumbre.— La definición del Código tiene el mérito de señalar los elementos esenciales de las servidumbres, cuyo carácter predial es la nota más sobresaliente. Establecida la servidumbre, quedan vinculados entre sí los predios y no las personas propietarias de los mismos porque la servidumbre es real.

Los predios quedan vinculados por el gravamen que se impone sobre el uno en beneficio del otro. Se llama predio sirviente el que sufre el gravamen, y predio dominante el que reporta la utilidad.

Al decir de Brugi, "la servidumbre predial se nos presenta como una cualidad de las cosas, no como un vínculo de las personas. De una parte está la carga de un fundo; de otra un aumento de valor y de utilidad de otro fundo".

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA U.C.
BIBLIOTECA

Dos aspectos de la servidumbre.— Con respecto al predio dominante la servidumbre se llama activa, y con respecto al predio sirviente pasiva (inc. 2º del art. 877).

Con respecto al predio dominante, la servidumbre es un derecho real (inc. 2º del art. 614). Con respecto al predio sirviente, la servidumbre es un gravamen real (art. 876).

En el Título XII están consideradas las servidumbres como gravamen.

La servidumbre, en su aspecto activo, es un derecho real; pero como los derechos no son ejercidos por las cosas, sino por las personas, el propietario del predio dominante viene a ser el titular del derecho y el instrumento necesario de aquellas servidumbres en que su ejercicio requiere de un hecho actual del hombre.

Predios de distintos dueños.— Precisamente porque la servidumbre es activa y pasiva, derecho y gravamen, para que exista es forzoso que cada predio pertenezca a distinto dueño. "Sobre cosa propia nadie puede tener en su favor una servidumbre: nemini res sua servit".

Cuando los dos predios pertenecen al mismo dueño, éste puede establecer en ellos los servicios que a bien tenga, los cuales, si son continuos y aparentes, se convertirán en servidumbres cuando cada uno de los predios pertenezca a distinto dueño (art. 945). Y, a la inversa, la servidumbre se extingue por la confusión, o sea la reunión perfecta e irrevocable de ambos predios en manos de un mismo dueño (num. 3º del art. 949).

Objeto de las servidumbres.— Son los predios, de conformidad con la definición del art. 876.

Predios o fundos son las casas y heredades (inc. 2º del art. 605). Por lo tanto, inmuebles urbanos o rústicos.

La palabra predio, dice Planiol, "no se usa en el lenguaje moderno sino al referirse a las servidumbres, en cuya materia es técnica y designa el género particular de los inmuebles susceptibles de ser objeto activo o pasivo de una servidumbre".

Gravamen y utilidad.— Para que exista servidumbre es preciso que se imponga un gravamen sobre un predio en utilidad de otro.

Según esto, las servidumbres son numerosas. Cualquier ventaja que un fundo pueda deducir de otro será objeto de una servidumbre con tal que no se contravenga al orden público y a las leyes y ordenanzas. Sólo algunas son establecidas en forma forzosa o legal.

Como observa Brugi "los romanos pusieron una valla al peligro de los vínculos fáciles e imprudentes de los fundos; y al de que el gravamen recayese sobre la persona mejor que sobre el fundo se la pusieron también con el precepto de que la servidumbre no obliga a acto alguno al propietario del predio sirviente: servitus In faciendo consistere nequit".

A este respecto, el art. 876 exige que haya utilidad para el predio dominante en el gravamen que se impone al predio sirviente.

La servidumbre como derecho.— La servidumbre, en el aspecto activo, es un bien incorporal, un mero derecho real, inmueble y accesorio.

Es real porque se ejerce sobre un predio, sin respecto a determinada persona.

Es inmueble porque el objeto sobre que recae es siempre inmueble.

Es accesorio porque está jurídicamente vinculado al predio. El derecho de servidumbre accede al derecho de dominio sobre el predio. Las servidumbres son inseparables del predio a que activa o pasivamente pertenecen (art. 881). Como derecho y como gravamen, van siempre con el predio, "ambulant cum dominio", aunque el predio pase de un dueño a otro.

La consecuencia del carácter accesorio es que las servidumbres no pueden ser enajenadas, embargadas ni hipotecadas separadamente del predio a que pertenecen.

Caracteres de las servidumbres.— Los principales caracteres que presentan las servidumbres son los siguientes:

1º— **Son accesorias** del predio a que activa o pasivamente pertenecen.

2º— **Son indivisibles;** y no pueden, por consiguiente, adquirirse, ejercerse ni perderse por partes.

Este carácter tiene diversas aplicaciones. Dividido el predio sirviente no varía la servidumbre que estaba constituída en él, y deben sufrirla aquél o aquellos a quienes toque la parte en que se ejer-

cía (art. 882). Dividido el predio dominante cada uno de los nuevos dueños gozará de la servidumbre, pero sin aumentar el gravamen del predio sirviente. (art. 883). Si el predio dominante pertenece a muchos, pro indiviso, el goce de uno de ellos interrumpe la prescripción respecto de todos; y si contra uno de ellos no puede correr la prescripción, no puede correr contra ninguno (art. 950).

3º— **Son perpetuas,** porque accesorias de un derecho perpetuo como el dominio. Lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Sin embargo, como enseña Planiol, "esa perpetuidad no es esencial: solamente forma parte de su naturaleza o sea, que pudiera suprimirse por pacto en contrario y también pudieran constituirse por tiempo limitado".

El Código hace aplicación de esta doctrina en los números 2º y 5º del art. 949 al disponer que las servidumbres se extinguen por la llegada del día o el cumplimiento de la condición, si se han establecido de uno de estos modos y por haberse dejado de gozar diez años.

Clasificación de las servidumbres.— Las servidumbres se clasifican del modo siguiente:

a)— **Continuas y discontinuas.—** Servidumbre continua, según el art. 878, es la que se ejerce o se puede ejercer continuamente, sin necesidad de un hecho actual del hombre, como la servidumbre de acueducto por un canal artificial que pertenece al predio dominante; y servidumbre discontinua, la que se ejerce a intervalos más a menos largos de tiempo, y supone un hecho actual del hombre, como la servidumbre de tránsito.

"Esta definición, según Planiol, contiene el germen de un error: nos haría concebir que las servidumbres continuas son aquellas cuya utilidad es ininterrumpida. Asimismo sería un error creer que la servidumbre es continua cuando su ejercicio no tiene interrupción alguna y discontinua cuando es intermitente. Esta fórmula es falsa; prueba de ello es el ejemplo siguiente: el desagüe de las aguas pluviales es una servidumbre continua y sin embargo, en los climas secos, esta servidumbre rara vez se ejerce. Por el contrario, el derrame de las aguas de una cantera o de una mina, en las que las bombas funcionan día y noche, durante todo el año, será una servidumbre discontinua, porque su ejercicio supone hechos actuales del hombre. Este carácter se basa exclusivamente en la intervención o la abstención del hombre en el ejercicio de la servidumbre".

Según esta doctrina, las servidumbres que consisten en una abstención, como las de no poder elevar las paredes sino a cierta altura, son continuas porque implican ausencia de trabajo. Otras servidumbres continuas son las de luz, vista, etc.

Las discontinuas requieren para su ejercicio de un hecho actual del hombre. Este hecho del hombre no se refiere precisamente a la acción inicial realizada para el establecimiento de la servidumbre, sino a la ejecución de aquellos actos en los que consiste el ejercicio mismo de la servidumbre.

b)— **Positivas y negativas.**— Servidumbre positiva, dice el art. 879, es en general, la que sólo impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer, como las de acueducto y tránsito; y negativa la que impone al dueño del predio sirviente la prohibición de hacer algo que sin la servidumbre le sería lícito, como la de no poder elevar sus paredes sino a cierta altura. Las servidumbres positivas imponen a veces al dueño del predio sirviente la obligación de hacer algo, como la del art. 898.

Aunque sin trascendencia práctica, esta clasificación permite apreciar la doble manera en que las servidumbres pueden afectar al predio sirviente y a su dueño.

Unas veces, al ejercer la servidumbre, el propietario de ellas puede actuar en el predio sirviente, quedando este predio y su dueño en situación de sufrir o tolerar su ejercicio. Esta es la servidumbre positiva.

Otras veces, la servidumbre consiste en impedir al dueño del predio sirviente el ejercicio de una facultad anexa a su derecho, que sin la servidumbre podría libremente realizar, como el no poder elevar las paredes sino a cierta altura. Esta es la servidumbre negativa.

El inc. 2º del art. 879 contiene una disposición que contraría la naturaleza predial de las servidumbres.

Las servidumbres, en general, sólo imponen al dueño del predio sirviente la tolerancia del goce de la servidumbre, "ut patiatur", o la abstención de algo, "ut non faciat". Jamás pueden imponerle una obligación positiva, porque el gravamen es predial y no personal.

La explicación del inc. 2º del art. 879 consiste en que el Código contiene un planteamiento inexacto en materia de servidumbres, y da esta denominación a situaciones jurídicas que no son propiamente servidumbres. Así ocurre con la demarcación, a la que, en

buena lógica jurídica, no puede llamarse servidumbre. A ésta se refiere el inc. 2º del art. 879.

c)— **Aparentes e inaparentes.**— Servidumbre aparente es la que está continuamente a la vista, como la de tránsito cuando se hace por una senda o por una puerta especialmente destinada a él, e inaparente la que no se conoce por una señal exterior, como la misma de tránsito cuando carece de estas dos circunstancias o de otras análogas (art. 880).

Si la servidumbre puede exteriorizarse, ponerse a la vista, es aparente; en caso contrario, es inaparente.

Esta clasificación se basa en una característica meramente accidental, que acompaña o no a una servidumbre determinada. Por eso una misma servidumbre puede unas veces ser aparente y otras inaparente, como ocurre con el tránsito, el acueducto, etc.

De modo general se puede decir que las servidumbres positivas son aparentes o inaparentes. Las negativas solamente inaparentes.

Las clasificaciones anteriores pueden combinarse.— Cada una de las anteriores clasificaciones atiende a un criterio distinto; y, por consiguiente, una misma servidumbre puede ser ubicada a la vez en las distintas clasificaciones antes mencionadas.

Además, en relación con la adquisición de las servidumbres se suele hacer combinaciones atendiendo a la continuidad o discontinuidad, apariencia o inapariencia de las mismas.

Según esto, las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por título, por destinación anterior o por prescripción. Las demás, sólo mediante título.

d)— **Clasificación de las servidumbres por su origen.**— Otra clasificación toma en cuenta la fuente u origen de la servidumbre. De acuerdo a este criterio clasificador las servidumbres son naturales, legales o voluntarias.

Las servidumbres, dice el art. 887, o son naturalees que provienen de la natural situación de los lugares, o legales que son impuestas por la Ley, o voluntarias que son constituídas por un hecho del hombre.

e)— **Servidumbres principales y accesorias.**— El art. 884 dispone que el que tiene derecho a una servidumbre lo tiene igualmente a los medios necesarios para ejercerla. Así, el que tiene derecho de sacar agua de una fuente vecina, tiene el derecho de tránsito para ir a ella, aunque no se haya establecido expresamente en el título.

De acuerdo con esta disposición, es posible hablar de servidumbres principales y accesorias.

Principal es la establecida en el título.

Accesoria es la que se entiende tácitamente establecida para hacer posible el goce de la principal.

Aplicando los principios generales: la servidumbre accesoria sigue la suerte de la principal.

Obras necesarias para ejercer la servidumbre.— El que goza de una servidumbre puede hacer las obras indispensables para ejercerla; pero serán a su costa si no se ha establecido lo contrario; y aun cuando el dueño del predio sirviente se haya obligado a hacerlas o repararlas, le será lícito exonerarse de la obligación, abandonando la parte del predio en que deban hacerse o conservarse las obras (artículo 885).

No puede alterarse la servidumbre.— El dueño del predio sirviente no puede alterar, disminuir, ni hacer más incómoda para el predio dominante la servidumbre con que está gravado el suyo.

Con todo, si por el transcurso del tiempo llegare a serle más oneroso el modo primitivo de la servidumbre, podrá proponer que se varíe a su costa; y si las variaciones no perjudican al predio dominante, deberán ser aceptadas (art. 886).

De las servidumbres naturales

El punto de partida para la consideración de las servidumbres naturales es la ubicación topográfica de los predios en relación. En este sentido habla la ley de predio superior y de predio inferior. Superior es el que está situado en más alto nivel. Inferior, el que está situado en nivel más bajo.

El art 889.— El predio inferior, dice este artículo, está sujeto a recibir las aguas que descienden del predio superior naturalmente, esto es, sin que la mano del hombre contribuya a ello.

No se puede, por consiguiente, dirigir un albañal a acequia sobre el predio vecino, si no se ha constituído esta servidumbre especial.

En el predio sirviente no se puede hacer cosa alguna que estorbe la servidumbre natural, ni en el predio dominante, cosa alguna que la grave.

Esta disposición está inspirada en la necesidad de dar salida a las aguas que, por gravedad, descienden de los predios.

El predio inferior, en virtud de la servidumbre natural, queda sujeto al gravamen de recibir las aguas, a condición de que desciendan naturalmente, es decir, sin que sean encauzadas o dirigidas por una obra destinada a tal fin. Por lo tanto, el predio inferior soporta un gravamen en beneficio del predio superior. Este es predio dominante; aquél es predio sirviente.

El régimen de esta servidumbre natural impide, además, que en el predio superior se dirija un albañal o acequia sobre el inferior, a menos que se haya constituído esta servidumbre especial.

O sea, el gravamen de recibir las aguas que descienden de modo natural implica correlativamente la prohibición de encauzar o dirigir el descenso de las mismas aguas.

El predio inferior queda sujeto a la servidumbre positiva de recibir las aguas que descienden naturalmente del predio superior; y el predio superior queda sujeto, en beneficio del inferior, a la servidumbre negativa que consiste en no poder dirigir el descenso de las aguas.

Por consiguiente, el art. 889 reconoce una servidumbre natural recíproca porque el predio superior y el predio inferior quedan, al mismo tiempo, gravados y beneficiados recíprocamente.

Uso de las aguas corrientes.— El dueño de una heredad puede hacer uso de las aguas que corren naturalmente por ella, aunque no sean de su dominio privado (art. 890). El uso de las aguas que corren por entre dos heredades corresponde en común a los dos ribereños (art. 892).

Estos dos artículos establecen una concesión legal de uso de aguas en favor de los predios ribereños. Estas aguas, cuyo uso se concede, son bienes nacionales de uso público. (art. 631).

No se extiende el uso de las aguas corrientes a las que corren por cauce artificial construído a costa ajena, porque el uso de estas

aguas pertenece exclusivamente al que, con los requisitos legales, haya construído el cauce (art. 893).

Ahora bien, el uso de las aguas de dominio público establecido en favor del predio o predios ribereños, está limitado en virtud de ciertas restricciones establecidas en el art. 891. Estas restricciones gravan los predios ribereños en el sentido de que, en virtud de ellas, quedan impedidos de usar libremente las aguas que corren por ellos.

Estas restricciones o gravámenes son servidumbres naturales porque se toma en cuenta la topografía de los predios. El predio gravado o restringido en el uso de las aguas y, por consiguiente, el predio sirviente, es el predio superior.

Sin embargo, no en todos los casos el gravamen impuesto al predio superior constituye una servidumbre civil, porque el beneficio correlativo no siempre es para otro predio. En algunos casos no se encuentra predio dominante.

La primera restricción establecida en el num. 1º del art. 891, constituye servidumbre predial. El uso de las aguas, en este caso, está limitado en cuanto el dueño de la heredad inferior haya adquirido, por prescripción u otro título, el derecho de servirse de las mismas aguas. Se ve así un predio sirviente, que es el ribereño superior y un predio dominante, que es el predio inferior.

Las restricciones de los nums. 2º y 3º del mismo art. 891 son servidumbres de carácter administrativo porque no se han establecido en favor de otros predios, sino de la navegación y de los habitantes de un pueblo vecino.

Aguas que corren por camino público.— El dueño de un predio, según el art. 894, podrá hacer uso de las aguas lluvias y de cualesquiera otras que corran ocasionalmente por caminos públicos o por quebradas secas, inclusive cambiando su curso, con arreglo a la Ley de Aguas.

Este artículo se refería antes, exclusivamente, al derecho de servirse de las aguas lluvias. Actualmente alcanza a cualesquiera otras que corran ocasionalmente por caminos públicos o por quebradas secas.

servidumbres naturales

Art. 61.— Los predios inferiores están sujetos a recibir las aguas que naturalmente desciendan del predio superior, esto es, sin que la mano del hombre contribuya a ello.

Con autorización del Instituto Ecuatoriano de Recursos Hidráulicos, los propietarios de los predios referidos podrán modificar el curso de las aguas, siempre que no causen perjuicio a terceros.

De las servidumbres legales

Las servidumbres legales son relativas al uso público o a la utilidad de los particulares.

Las servidumbres legales relativas al uso público son:

El uso de las riberas, en cuanto sea necesario para la navegación o flote;

Y las demás determinadas por los reglamentos u ordenanzas respectivos. (art. 895).

Nuestro Código, al igual que otros, trata conjuntamente las restricciones o servidumbres de carácter civil y las de carácter administrativo, incurriendo en un notable defecto de sistematización jurídica.

"Los corpus civiles del siglo XIX, dice Villegas, disciplinaron promiscuamente las servidumbres de derecho privado y público; y la palabra servidumbre fue usada en sentido vulgar, cualquiera fuese la naturaleza de la limitación impuesta a la propiedad privada en interés público... La servidumbre es una institución jurídica y su concepto como tal no es exclusivo del derecho privado ni del derecho público, y si debido a su formación histórica su teoría ha pertenecido al dominio del derecho civil, a través de la doctrina de los jurisconsultos romanos, ello no significa que las normas que regulan las servidumbres privadas tengan siempre aplicación a las servidumbres públicas. Entre ambas existen diferencias fundamentales".

En el Libro II se encuentran diversas disposiciones que establecen restricciones de carácter administrativo sobre los predios ribereños. En el título de la ocupación estas restricciones están establecidas en favor o beneficio de la pesca. Y en la parte correspondiente a las servidumbres legales se establecen otras restricciones

sobre los predios ribereños, en favor o beneficio de la navegación. Pero todas estas disposiciones no son de carácter civil, sino administrativo.

Servidumbres legales relativas a la utilidad de los particulares.- Las servidumbres legales de la segunda especie son asimismo determinadas por las ordenanzas y reglamentos respectivos. Aquí se trata especialmente de las de demarcación, cerramiento, tránsito, medianería, acueducto, luz y vista (art. 897).

Demarcación

El art. 898 dispone que todo dueño de un predio tiene derecho a que se fijen los límites que lo separan de los predios lindantes, y podrá exigir a los respectivos dueños que concurran a ello, haciéndose la demarcación a expensas comunes.

Puesto que la demarcación consiste en el señalamiento de los linderos que separan dos predios contiguos, no constituye servidumbre predial, ya que tal operación no grava un predio en beneficio de otro. La determinación del alcance territorial o espacial del dominio es de interés recíproco, resultando beneficiados los dos predios que se deslinden.

"Claro es, dice Laurent, que la obligación de deslindar nada tiene de común con las servidumbres, y no es justificar la clasificación del Código el decir "que el deslinde constituye un atributo real de la propiedad"; porque por lo mismo que el deslinde es un atributo de la propiedad, no es una servidumbre'.

Naturaleza de la acción demarcatoria.— La acción demarcatoria, o sea, la acción que tiene por objeto pedir que se fijen los límites que separan dos predios contiguos es real porque se funda en el dominio, que es un derecho real.

Nuestro Código ha acentuado el carácter real de esta acción, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos para los cuales la demarcación se funda, en cuanto acción, en obligaciones recíprocas nacidas de la vecindad.

Demarcación y reinvindicación.— La demarcación y la reinvindicación son acciones reales. En ciertos casos una consideración superficial de ellas puede confundirlas, habida cuenta que de la demarcación se siguen algunas veces restituciones territoriales.

Sin embargo, las dos acciones son diferentes: con la reinvindicación se demanda la restitución de un cuerpo cierto; mientras que, mediante la demarcación, sólo se pide el señalamiento de linderos.

Según Laurent, "existe un carácter esencial que las distingue. ¿Qué cosa es reinvindicar?— Es ejercer el derecho de propiedad; el propietario pone mano en cosa que pretende que es la suya; y la propiedad supone una cosa determinada, sobre la cual el dueño tiene el poder absoluto de disposición; luego la reinvindicación tiene, esencialmente, por objeto una cosa cierta, determinada, o lo que es lo mismo, el que reinvindica un inmueble o un fundo de tierra, debe probar cuál es la cosa precisa que reclama como suya. ¿Pasa lo mismo con la acción de deslinde?— Nosotros suponemos que los límites sean inciertos o discutidos, pues sólo en este caso puede haber duda. Si los límites son inciertos, no puede decirse que quien pide el deslinde, reclama como suya una porción determinada de un campo, supuesto que él mismo reconoce que ignora la línea que separa su propiedad de la de su vecino. Si pretende que su vecino se ha salido de aquel límite, cosa que éste niega, ¿acaso reclama una partícula determinada, que sostiene le ha usurpado su vecino? Si tal es el objeto de su demanda, hay reinvindicación con el nombre de deslinde... Del deslinde puede resultar una restitución de terreno, pero ésta es una parte indeterminada, desconocida aún y que tal vez no exista".

Requisitos de la demarcación.— La demarcación exige los siguientes principales requisitos:

1º— **Dos predios contiguos.**— El objeto de la demarcación es fijar los límites que separan dos predios. Por consiguiente, éstos deben ser contiguos.

2º— **Predios de distintos dueños.**— Si los predios fuesen del mismo dueño, éste podría, a su arbitrio, señalar en ellos los linderos que a bien tuviese y aun modificarlos libremente, en ejercicio de su derecho de dominio que le permite actuar en lo suyo, no siendo contra ley o derecho ajeno.

Si se tratase de un predio perteneciente a varios, proindiviso, no cabría la demarcación, porque los comuneros no son dueños de parte determinada del predio, sino de una cuota del derecho que recae en él.

3º— **Predios urbanos o rústicos.**— La demarcación tiene más común aplicación en predios rústicos; pero no hay inconveniente para que se la haga entre dos predios urbanos, a condición de que éstos no estén edificados, "porque las paredes los delimitan por sí mismas".

4º— **Falta de linderos legalmente establecidos.**— La acción demarcatoria supone que no existan linderos entre los predios; pues, si existieran estaría cumplido su objeto y no sería procedente la demarcación.

Sin embargo no basta que existan linderos, porque si no son legalmente establecidos puede pedirse la demarcación. "No hay más linderos que los que han sido implantados de común acuerdo por los propietarios interesados, o en virtud de una sentencia judicial".

Caracteres de la demarcación.— Los siguientes son los principales caracteres de la acción demarcatoria:

a)— **Es acción real** porque se funda en el dominio, que es un derecho real.

b)— **Es operación contradictoria** porque requiere el concurso de los propietarios de los predios contiguos. Si no intervienen ambos, no tendrá valor alguno.

c)— **Es operación declarativa** y no atributiva de dominio porque no hace sino declarar o confirmar un estado de cosas preexistente. Por consiguiente, la sentencia que reconoce linderos no constituye nuevo título de propiedad.

d)— **Es imprescriptible** porque dura lo que su causa, que es la indeterminación de los linderos.

e)— **Es acción recíproca** porque corresponde a cualquiera de los dueños de los predios contiguos; y porque aunque uno de ellos

tome la iniciativa, ambos se encuentran en la misma situación en cuanto al objeto de la acción que es el de fijar los linderos que separan los predios.

A esto se debe que la omisión de uno de los dueños no puede ser alegada por el otro como causa de prescripción extintiva de la acción, puesto que ambos se encuentran en la misma situación, o sea en el caso de demandar la demarcación.

Quién puede proponer la acción demarcatoria.— De acuerdo con el art. 898 la acción demarcatoria corresponde a todo dueño de un predio.

La opinión de Pothier, seguida frecuentemente en la doctrina, sostiene que un poseedor puede también intentar esta acción sin que tenga que probar dominio "porque su posesión hace que se le presuma propietario".

"Si en materia de deslinde, arguye Laurent, la ley hubiera querido poner al poseedor en la misma línea que al propietario, lo habría dicho; y habría debido decirlo, a fin de que el fallo pronunciado con el poseedor se pudiera oponer al propietario. En el silencio del Código, nosotros no admitimos esa pretendida presunción. El que promueve, debe probar que tiene calidad para promover; luego el que demanda el deslinde diciéndose propietario, debe probar que lo es".

Contra quién se ejerce la acción demarcatoria.— El demandado con la acción demarcatoria es el dueño del predio contiguo.

La idéntica situación del actor y del demandado se debe a que, siendo recíproca la acción demarcatoria, aunque uno de los dueños tome la iniciativa, ambos desempeñan idéntico papel. No es posible deslindar uno de los predios sin deslindar al mismo tiempo el otro.

Objeto de la demarcación.— El objeto propio de la demarcación consiste en fijar los límites que separan un predio de otro contiguo (art. 898).

El señalamiento de los linderos no siempre exige el mismo procedimiento. Puede ocurrir que sean ciertos y conocidos los límites territoriales de los predios, pero que no existan en el terreno señales materiales indicadoras de la línea divisoria; o que dichas señales, de existir, sean confusas e insuficientes. En este caso, la demarcación

se reducirá a colocar o reponer las señales materiales indicadoras de la línea divisoria. La linderación sería un simple amojonamiento.

Los linderos pueden ser, otras veces, inciertos o discutidos, por lo cual es preciso establecerlos previamente al amojonamiento.

El establecimiento de los linderos deberá hacerse tomando como base los títulos de dominio que presenten las partes interesadas. La Corte Suprema ha declarado que "la prueba instrumental es la base de la determinación de linderos; y sólo en falta absoluta de ella, el juez puede hacer mérito de cualquiera otra tendiente a dar a conocer los verdaderos límites de los predios colindantes". (Serie III, Nº 205). La prueba testimonial, "en habiendo títulos, es inepta para fijar linderos de los inmuebles a que estos títulos se refieren" (Serie V, Nº 35). En el juicio de apeo y deslinde "al juez corresponde la fijación definitiva de los límites de las heredades, cuando las partes no llegan a un acuerdo" (Serie VI, Nº 9). El juez no puede "dejar de señalar los linderos por falta de prueba, ya que esto equivale a dejar sin eficacia el derecho que concede el art. 829 (898) del Código Civil al dueño de un predio a que se fijen los límites que lo separan de los predios lindantes... De no existir en el proceso las pruebas suficientes, es obligación del juez ordenar la práctica de diligencias..." (Serie V, Nº 15).

Restablecimiento de mojones.— Todas las legislaciones han consagrado el principio de la inviolabilidad de los linderos porque son elementos representativos de la propiedad territorial, y han establecido severas penas para los que remuevan los mojones o señales puestos en forma legal.

Si se ha quitado de su lugar alguno de los mojones que deslindan predios vecinos, dice el art. 899, el dueño del predio perjudicado tiene derecho para pedir que el que lo ha quitado lo reponga a su costa y le indemnice de los daños que de la remoción se le hubieren originado sin perjuicio de las penas con que las leyes castiguen el delito.

La Corte Suprema ha declarado que es procedente la demanda sobre apeo y deslinde cuando el lindero que separa un predio de los contiguos, en parte ha sido alterado, y en parte ha desaparecido. Tratándose de fijación de linderos, los títulos de propiedad deben prevalecer sobre la prueba testimonial (Serie II, Nº 14). "Es inaceptable

el principio... acerca de que cuando el juicio versa sobre el restablecimiento de linderos, es decisiva la prueba testimonial; mientras que si se trata de fijar por primera vez la línea de separación, la prueba instrumental... es la única eficaz" (Serie V, Nº 152).

Cerramiento

El art. 900 establece que el dueño de un predio tiene derecho a cerrarlo o cercarlo por todas partes, sin perjuicio de las servidumbres constituídas a favor de otros predios. El cerramiento puede consistir en paredes, fosos, cercas vivas o muertas.

El derecho al cerramiento no es sino una manifestación del derecho de propiedad. El dueño protege su predio, aislándolo en lo posible del exterior.

En el cerramiento no se encuentran los elementos de la servidumbre ya que no se establece, mediante él, un gravamen sobre un predio en beneficio de otro de distinto dueño.

El cerramiento constituye la afirmación del derecho de propiedad inmueble. Antiguamente no podía realizarse porque lo impedía el régimen feudal de la caza.

Sin embargo, la facultad de efectuar el cerramiento de un predio no es absoluta, sino que ha de ejercerse sin que se perjudiquen las servidumbres constituídas en favor de otros predios. Por lo tanto, mediante el cerramiento no puede impedirse el ejercicio de ciertas servidumbres.

Diversas clases de cerramientos.— El cerramiento puede consistir en paredes, fosos, cercas vivas o muertas (art. 900).— Y si el dueño hace el cerramiento del predio a su costa y en su propio terreno, podrá hacerlo de la calidad y dimensiones que quiera. Y el propietario lindante no podrá servirse de la pared, foso o cerca, para ningún objeto, a no ser que haya adquirido este derecho por título o por prescripción de diez años, contados como para la adquisición del dominio (art. 901). En este caso, podrá proceder al cerramiento sin contar con el vecino y el cerramiento le pertenecerá exclusivamente.

En cambio, la cerca divisoria construída a expensas comunes, estará sujeta a la servidumbre de medianería (inc. 3º del art. 902). Es decir, en este caso, el cerramiento viene a ser común, resultando una comunidad especial o medianería.

Si el cerramiento es común, el dueño de un predio podrá obligar a los dueños de los predios lindantes a que concurran a la construcción y reparación del cerramiento (art. 902).

La concurrencia forzosa a la construcción y reparación del cerramiento común, establecida en el art. 902, es un derecho y una obligación resultante del cuasicontrato de comunidad, y no precisamente una servidumbre predial.

Medianería

Definición legal.— La medianería, dice el art. 907, es una servidumbre legal en virtud de la cual los dueños de dos predios vecinos que tienen paredes, fosos o cercas divisorias comunes, están sujetos a las obligaciones recíprocas que van a expresarse.

Naturaleza jurídica.— La medianería no puede considerarse, en ciencia jurídica, como servidumbre, a pesar de que así la califica el art. 907. No hay predio dominante ni sirviente; y las obligaciones que sujetan a las personas son extrañas al carácter predial de toda servidumbre.

La medianería consiste más bien en un estado de comunidad en que es forzosa la indivisión porque recae sobre un objeto que está afectado al beneficio común e indefinido de dos predios pertenecientes a distintos dueños.

El estado de comunidad existente en la medianería es reconocido en el Código en diversas disposiciones, especialmente en el art. 911 en que concretamente se refiere a los "condueños" de la pared medianera.

El carácter sui generis de esta copropiedad se desprende de diversas disposiciones del Código. El art. 911 concede a los condueños de la medianería atribuciones y facultades exclusivas que no tienen los comuneros en la comunidad ordinaria. Esto se debe al carácter perpetuo de la indivisión.

El art. 914 reconoce implícitamente la perpetuidad de la indivisión al disponer que el condueño no podrá sustraerse a determinadas cargas resultantes de la medianería, sino abandonando su derecho; en tanto que en la comunidad ordinaria el comunero puede exonerarse de ciertas cargas provocando la división.

Objeto de la medianería.— El Código establece medianería en toda clase de cerramientos. Hay derecho de medianería para cada uno de los dueños lindantes, cuando consta o por alguna señal aparece que han hecho el cerramiento de acuerdo y a expensas comunes (artículo 908).

"Existe medianería, dice Planiol, siempre que el muro, pared, seto, foso, etc., pertenecen pro—indiviso a los dos propietarios que separan. La pared no medianera se denomina "privada".

"En rigor de lenguaje, agrega Planiol, el muro medianero debiera considerarse como dividido en dos, en el sentido de su altura por un plano vertical alzado sobre la línea que divide las dos fincas, y cada propietario debiera poseer, en propiedad, la mitad que se hallare en su lado y que descansa sobre su terreno. Pero se ha rechazado esa "sutileza"; siendo inseparables las dos porciones del muro medianero, se considera el muro como realmente indiviso y común, por tanto, a las dos partes en todo su espesor".

Las reglas aplicables varían según la clase de cerramiento. La ley hace distinción entre la medianería de paredes y la de las demás clases de cerramientos.

Medianería de paredes.— El inc. 1º del art. 909 dispone que toda pared de separación entre los edificios se presume medianera, pero sólo en la parte en que sea común a los edificios mismos.

Según el diccionario de la lengua española, se denomina pared la obra de fábrica levantada a plomo, con grueso, longitud y altura proporcionados para cerrar un espacio o sostener las techumbres.

Sin embargo, las disposiciones del Código se refieren tan sólo a las obras de fábrica que sirven para separar dos edificios. Por consiguiente, los muros que cierran espacios no edificados no son técnicamente paredes y se rigen por las disposiciones aplicables a las demás clases de cerramientos.

La presunción de medianería establecida en el art. 909 es legal; admite prueba en contrario, y se aplica sólo en falta de otra prueba relativa a la calidad de la pared. Esta prueba suele ser más comúnmente, instrumental.

Medianería de otros cerramientos.— Se presume medianero todo cerramiento entre corrales, jardines y campos, cuando cada una de las superficies contiguas está cerrada por todos los lados. Si una

sola está cerrada de este modo, se presume que el cerramiento le pertenece exclusivamente (inc. 2º del art. 909).

Las presunciones establecidas en el art. 909, tanto de medianería como de propiedad exclusiva, son presunciones legales que admiten prueba en contrario. Se aplican por lo tanto en los casos en que es imposible establecer la calidad del cerramiento por cualesquiera otras pruebas adecuadas al efecto.

Facultad para adquirir la medianería.— El art. 910 establece la facultad de adquirir la medianería, aun cuando conste que la cerca o pared divisoria pertenece exclusivamente a uno de los predios contiguos. La adquisición exige el pago de la mitad del valor del terreno en que está hecho el cerramiento y la mitad del valor actual de la porción de cerramiento cuya medianería se pretende.

Esta facultad se refiere, según la letra del art. 910, tan sólo a la adquisición de la medianería de una cerca o de una pared divisoria y no puede aplicarse a otra clase de cerramiento.

El derecho para adquirir de modo forzoso la medianería presupone que la cerca o la pared estén construídos sobre la línea divisoria de los dos predios y no puede tener efecto cuando entre el cerramiento y la línea divisoria medie un espacio, por pequeño que sea.

Derechos resultantes de la medianería.— Los derechos que se derivan de la medianería están referidos, en el Código, de modo especial a la medianería de paredes.

Los condueños de una pared medianera tienen derecho:

1º— A edificar sobre ella o hacerla sostener el peso de una construcción nueva (art. 911); y

2º— A elevar la pared medianera, en cuanto lo permitan las ordenanzas generales o locales (art. 913).

Ejercicio de estos derechos. —El condueño que quiera servirse de la pared medianera o hacerla sostener el peso de una construcción nueva debe primero solicitar el consentimiento de su vecino y si éste lo rehusa, provocará un juicio práctico en que se dicten las medidas necesarias para que la nueva construcción no dañe al vecino (artículo 911).

Hay que advertir que el derecho de servirse de la pared medianera proviene de la Ley y no del consentimiento del vecino. La intervención de éste sólo tiene por objeto el asegurar que la nueva obra se haga en condiciones que no le acarreen perjuicios.

La Corte Suprema ha declarado que "el único objeto del juicio práctico a que se refiere el inciso 1º del art. 842 (911) del Código Civil es el de dictar las medidas necesarias para que la nueva construcción no dañe al vecino; y, por consiguiente, el mero hecho de edificar en una pared medianera sin haber obtenido previamente el consentimiento del vecino, o sin haber provocado el antedicho juicio, no es, por sí solo, motivo legal suficiente para ordenar la destrucción de la nueva obra" (Serie I, Nº 12).

En cuanto al ejercicio del derecho a elevar la pared medianera, se deben observar las disposiciones constantes en el art. 913, que contiene una prolija reglamentación sobre esta materia.

Arboles comunes.— En el Título que trata de las servidumbres está el art. 916, según el cual los árboles que se encuentran en la cerca medianera, son igualmente medianeros; y lo mismo se entiende respecto de los árboles cuyo tronco está en la línea divisoria de dos heredades, aunque no haya cerramiento intermedio.— Cualquiera de los condueños puede exigir que se derriben dichos árboles, probando que de algún modo le dañan; y si por algún accidente se destruyen, no se repondrán sin su consentimiento.

En esta disposición no se contiene servidumbre de ninguna clase, y tampoco hay en ella un caso de medianería puesto que la comunidad de los árboles que se encuentren en la cerca medianera podrá terminar en cualquier tiempo por la división, de acuerdo a las reglas generales.

El art 912.— Es extraño a la medianería y aun al Código Civil, puesto que su contenido corresponde más bien a las leyes y reglamentos de sanidad y de policía.

Servidumbres legales propiamente dichas.— Hemos visto que en la demarcación, en el cerramiento y en la medianería, no se encuentran los elementos esenciales de las servidumbres prediales. Son instituciones de diferente naturaleza jurídica.

En cambio, entre las servidumbres legales relativas a la utilidad de los particulares, el Código trata de las de tránsito, acueducto, luz y vista, en las que sí se encuentran los elementos requeridos para la existencia de una verdadera servidumbre predial.

Trataremos en primer lugar de las servidumbres positivas de tránsito y de acueducto; luego, de las negativas de luz y de vista.

Consideraciones generales relativas al tránsito y al acueducto.- Estas servidumbres pueden ser convencionales, ya que cada cual podrá sujetar su predio a las servidumbres que quiera y adquirirlas sobre los predios vecinos con la voluntad de sus dueños. Pero, en atención al notable beneficio que de ellas se sigue, la ley las ha establecido de modo legal o forzoso. El interés de estas servidumbres rebasa la esfera de la utilidad particular y toca el campo del beneficio público, ya que conviene a todos que los predios sean debidamente explotados para conseguir de ellos óptimo rendimiento.

Tránsito

Según el art. 903, si un predio carece de toda comunicación con el camino público, por la interposición de otros predios, el dueño del primero tendrá derecho para imponer a los otros la servidumbre de tránsito, en cuanto sea indispensable para el uso y beneficio de su predio, pagando el valor del terreno necesario para la servidumbre, y resarciendo cualquier otro perjuicio.

Naturaleza jurídica.— Esta servidumbre es legal o forzosa porque la establece la ley. Es positiva porque sólo impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer. Es discontinua porque su ejercicio supone un hecho actual del hombre. Puede ser aparente o inaparente según que esté continuamente a la vista o que no se conozca por una señal exterior.

Supuesto de la servidumbre de tránsito.— El art. 903 dispone que si un predio carece de toda comunicación con el camino público, por la interposición de otros predios, el dueño del primero tendrá derecho para imponer a los otros la servidumbre de tránsito en cuanto sea indispensable para el uso y beneficio de su predio.

Este texto parece limitar el establecimiento de la servidumbre legal de tránsito a los casos en que la incomunicación sea absoluta; sería improcedente si existiese alguna comunicación, aunque incómoda o peligrosa.

Sin embargo, el espíritu de la ley es contrario a esta inteligencia rígida de la disposición. Lo que el legislador pretende es que los predios dispongan de comunicación adecuada para su cómoda explotación, y por eso el art. 905 declara que esta servidumbre se extingue si llega a no ser indispensable para el predio dominante por la adquisición de terrenos que le den un acceso cómodo al camino.

"No quiere decir esto, advierte Laurent, que el propietario puede reclamar un paso para su comodidad o ventaja particular, pues existe un interés igual para los vecinos en no conceder el paso, y la ley no sacrifica el interés de uno por el otro... Ni severidad excesiva ni excesiva indulgencia... tienen que conciliarse varios intereses".

En qué predio o parte del predio se ha de establecer la servidumbre legal de tránsito.— Si son varios los predios interpuestos ¿sobre cuál de ellos se deberá establecer la servidumbre? Y si la servidumbre fuese posible en distintos parajes del predio o predios interpuestos, ¿en qué lugar se la debería imponer?

El Código no contiene disposiciones expresas sobre estos particulares; ni excluye de la servidumbre de tránsito, como lo hace de la de acueducto (art. 919), las casas y los corrales, patios, huertas y jardines que de ellas dependan.

A este respecto el Derecho francés establece que "el paso debe tomarse por el lado en que es más corto el trayecto, del predio enclavado a la vía pública. No obstante debe fijarse en el sitio menos perjudicial para la persona sobre cuyo predio se ha otorgado".

Por consiguiente, el criterio aplicable para resolver cada caso es el de equidad; deben conciliarse en lo posible los diversos intereses en conflicto. En los casos dudosos se resolverá del modo más favorable al predio sirviente, según los principios generales.

Indemnización.— El dueño del predio incomunicado tendrá derecho para imponer la servidumbre de tránsito, pagando el valor del terreno, y resarciendo cualquier otro perjuicio (art. 903). Si las partes no se convienen, se reglará por peritos, tanto el importe de la indemnización como el ejercicio de la servidumbre (art. 904).

El pago del valor del terreno no significa compraventa, sino indemnización.

Si se extingue la servidumbre de tránsito, en el caso del art. 905, el dueño del predio sirviente restituirá lo que, al establecerse ésta, se le ha pagado por el valor del terreno.

La devolución de este valor significa que el dueño del predio sirviente, siendo aplicable el art. 905, se beneficia, a título de indemnización, con los intereses del precio del terreno.

Servidumbre accesoria de tránsito.— El art. 884 dispone que se pueden establecer servidumbres accesorias para el ejercicio de otras principales. El que tiene derecho a una servidumbre, lo tiene igualmente a los medios necesarios para ejercerla. Así, el que tiene derecho a sacar agua de una fuente situada en la heredad vecina, tiene el derecho de tránsito para ir a ella, aunque no se haya establecido expresamente en el título.

La servidumbre accesoria de tránsito, en el ejemplo del art. 884, sólo puede imponerse sobre la heredad vecina donde esté situada la fuente. No existiendo vecindad, no cabe esta servidumbre.

Extinción de la servidumbre de tránsito.— La servidumbre de tránsito se extingue por las causas generales del art. 949, y por la especial del art. 905; es decir, cuando la servidumbre llega a no ser indispensable para el predio dominante por la adquisición de terrenos que le den un acceso cómodo al camino.

Acueducto

La servidumbre de acueducto consiste en conducir aguas a través de la heredad sirviente hacia otra heredad de distinto dueño, que las necesite.

Se puede también imponer la servidumbre de acueducto para dar salida y dirección, a través de un predio, a las aguas sobrantes o a las provenientes de drenajes o filtraciones naturales de otro predio de distinto dueño.

Naturaleza jurídica.— La servidumbre de acueducto es legal o forzosa porque se la puede imponer por mandato de la ley, a pesar de la voluntad contraria del dueño del predio sirviente.

Nada obsta para que esta servidumbre sea establecida de modo voluntario o convencional.

Es servidumbre positiva porque sólo impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer, o sea, de permitir que se conduzcan las aguas hacia o desde el predio dominante, según los casos.

Art. 134.— La constitución de la servidumbre de acueducto a cielo abierto, conlleva la obligación del propietario sirviente de dejar a cada uno de los costados del canal, un espacio libre no menor a un metro de ancho o el que determine el Instituto Ecuatoriano de Recursos Hidráulicos, en toda la extensión de su curso, para efectos de conducción del agua, conservación, mantenimiento y limpieza del canal.

Para los casos de acueductos cerrados, túneles, etc., el propietario del predio sirviente dejará un espacio para el tránsito, mantenimiento, limpieza, etc., de los mismos, por el lugar más conveniente al cumplimiento de estos fines, cuyo trazado y características técnicas serán determinadas por el Instituto de Recursos Hidráulicos.

Art. 135.— El pago de indemnizaciones ocasionadas por la constitución de servidumbres de acueducto y conexas, se sujetará a lo dispuesto por el art. 62 de la Ley de Aguas, debiendo el Instituto Ecuatoriano de Recursos Hidráulicos fijar el monto que deben pagar. Para determinar el valor a pagarse se considerará el avalúo catastral que el predio sirviente tuviere a la época de constitución de la servidumbre.

Art. 136.— La servidumbre de acueducto se ejercerá por lo general en cauce a cielo abierto.

Para los casos especiales el Instituto Ecuatoriano de Recursos Hidráulicos reglamentará las condiciones técnicas que debe tener el acueducto.

Art. 137.— El dueño del predio sirviente está obligado a permitir la entrada de trabajadores y materiales para la limpieza y reparación del acueducto con tal que se dé aviso a él o su administrador.

Art. 138.— Las disposiciones antes establecidas se aplicarán a los acueductos que se construyan para dar salida y dirección a las aguas sobrantes, derrames y filtraciones naturales de predios y minas, para desecar pantanos, bajos, vegas, por medio de zanjas o canales de desagüe; también se aplicarán a las aguas provenientes de las lluvias o filtraciones que se recojan en las cunetas de los caminos para darles salida a cauces vecinos. Para estos fines, los predios vecinos están sujetos a servidumbre.

Art. 139.— De conformidad con el art. 65 de la Ley de Aguas, los usuarios de un acueducto están obligados a aceptar la incorporación de nuevos caudales al cauce común, para servicio de otros beneficiarios; y por su parte los nuevos usuarios pagarán por una sola vez a los dueños del acueducto por la ocupación del mismo, así como también se sujetarán al pago de las mejoras y obras que fuere necesario ejecutar para aumentar el caudal.

El Instituto Ecuatoriano de Recursos Hidráulicos antes de autorizar el incremento del caudal efectuará los estudios técnicos y económicos necesarios, dispondrá la ejecución de las obras técnicas respectivas y determinará el valor que debe pagarse por la ocupación del acueducto.

Art. 75.— Los usuarios de un acueducto contribuirán proporcionalmente, según sus derechos, a la limpieza, reparación y sostenimiento administrativo del mismo, así como para las construcciones y más obras necesarias para su mejoramiento y conservación.

Art. 76.— Si más de cinco personas tuvieran derecho de aprovechamiento común de aguas, se constituirán en Directorios de Aguas.

Sus estatutos, aprobados por el Instituto Ecuatoriano de Recursos Hidráulicos, determinarán la organización y funcionamiento de los mismos, así como el reparto, explotación y conservación de las aguas.

El Instituto Ecuatoriano de Recursos Hidráulicos intervendrá en todos los conflictos que se suscitaren en los directorios de aguas y arbitrará las medidas convenientes a fin de que éstos cumplan sus funciones y atribuciones.

Reglamento de la Ley de Aguas:

(Registro Oficial No. 233 de 26 de enero de 1973)

Art. 129.— Las servidumbres a que se refiere el Título XV de la Ley de Aguas no podrán aprovecharse en fines distintos de aquellos para los que se han constituído, salvo acuerdo entre los interesados debidamente autorizado por el Instituto Ecuatoriano de Recursos Hidráulicos.

Art. 130.— Los dueños de propiedades adyacentes a ríos, lagunas, canales y otras fuentes o manantiales, están obligados a dejar el espacio marginal necesario para camino de vigilancia, tránsito, pesca u otros servicios, el que será determinado por el Instituto Ecuatoriano de Recursos Hidráulicos. El uso de las servidumbres mencionadas, se hará exclusivamente en los fines para los que se establecieron.

Art. 131.— La servidumbre de acueducto es forzosa y consiste en la facultad de conducir las aguas por la heredad sirviente, a expensas del beneficiario. Implica esta servidumbre la obligación de construir las obras de arte y desagües necesarios para el mejor aprovechamiento de las aguas y la preservación del predio sirviente.

Art. 132.— La conducción de las aguas se hará por un acueducto que no permita derrames, filtraciones, ni desbordes que perjudiquen a la heredad sirviente, que no permita el estancamiento de agua ni la acumulación de basuras, y que en lugares apropiados tengan los puentes, caminos, desagües, alcantarillas, etc., que sean necesarios para la eficiente conducción del agua y que permitan continuar las actividades habituales de la heredad gravada con la servidumbre.

Art. 133.— El Instituto Ecuatoriano de Recursos Hidráulicos fijará el trazado y características técnicas que debe tener el acueducto, el cual conciliará en lo posible, los intereses de las partes, y en los aspectos dudosos, decidirá a favor de las heredades sirvientes.

Art. 140.— El Instituto Ecuatoriano de Recursos Hidráulicos en la autorización que dicte para el incremento del caudal en el acueducto existente, luego de verificar que se han ejecutado las obras para dicho incremento, establecerá la coservidumbre de acueducto.

Art. 141.— Para fijar el pago que se establece en el art. 139 de este Reglamento, tanto el Instituto Ecuatoriano de Recursos Hidráulicos como los dueños de los canales y los nuevos beneficiarios cumplirán con las siguientes disposiciones:

a)— Serán considerados para el pago por la ocupación solamente aquellos acueductos o tramos de acueducto construidos en los últimos treinta (30) años, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud al Instituto Ecuatoriano de Recursos Hidráulicos por los nuevos beneficiarios, con el fin de obtener la autorización para el aumento del caudal;

b)— Para el cálculo del pago se partirá del avalúo realizado por el Instituto Ecuatoriano de Recursos Hidráulicos el cual será "descontado" tomando en cuenta el número de años de existencia del acueducto y una tasa del ocho por ciento anual. Este valor descontado será considerado como el saldo no amortizado y será distribuído proporcionalmente entre los dueños y los nuevos beneficiarios, de acuerdo a sus derechos de aprovechamiento de agua;

c)— El pago único que deben efectuar los nuevos beneficiarios corresponderá al veinte por ciento del saldo no amortizado del acueducto calculado para los nuevos beneficiarios, el mismo que podrá realizarse al contado, a plazos, global o individualmente para cada nuevo beneficiario; y otro veinte por ciento para obras de mejoramiento.

De no ser menester realizar estas obras, la cuarta parte del valor calculado para este fin se pagará a los propietarios.

Art. 142.— El pago a que se refiere el art. 139 de este Reglamento podrá efectuarse hasta en el plazo de cinco años, sin interés alguno, tomando en cuenta para este efecto las condiciones económicas y sociales de los nuevos beneficiarios del acueducto, y debiendo garantizarse convenientemente el cumplimiento de dicha obligación.

El plazo a concederse será fijado por el Instituto Ecuatoriano de Recursos Hidráulicos.

Si el pago se realiza a favor de un Directorio de Aguas estos dineros incrementarán los fondos del Directorio, y por tanto, no se pagará en forma individualizada a los miembros integrantes del Directorio.

Art. 143.— Todos los propietarios del acueducto así como los nuevos beneficiarios del mismo contribuirán proporcionalmente a sus derechos de aprovechamiento de agua para la operación y mantenimiento del acueducto.

Art. 144.— El pago a que se refiere el art. 139 de este Reglamento, no convierte a los nuevos beneficiarios del acueducto existente en copropietarios del mismo.

Servidumbre de presa, de bocatoma, de descarga y de partidor.

Art. 145.— El titular de un derecho de aprovechamiento de aguas que no sea propietario de los terrenos aledaños a las riberas o a los sitios en que debe extraerse o dividir sus aguas, podrá construir en el predio sirviente las obras de estribo, de presa o de bocatoma, de descarga o de partidor. Las indemnizaciones se regularán por lo dispuesto en el inciso final del art. 62 de la Ley de Aguas.

Art. 146.— En todo lo que fuere pertinente a este Capítulo se aplicarán las disposiciones del Capítulo anterior.

Constitución de servidumbre de abrevadero

Art. 147.— Toda persona, pueblo, caserío que carezca de las aguas necesarias para la bebida de sus animales, tendrá derecho a imponer servidumbre de abrevadero previa la realización de las obras necesarias para evitar que las aguas se contaminen y el cumplimiento de los requisitos que prescribe el art. 62 de la Ley de Aguas.

Esta servidumbre consiste en la facultad de llevar el ganado por caminos y sendas existentes, a beber dentro del predio sirviente en horas y puntos determinados.

Art. 148.— Las servidumbres establecidas para el tránsito de ganado hasta los sitios de abrevadero y uso de agua para fines domésticos, no podrán ser interrumpidas sino por decisión del Instituto Ecuatoriano de Recursos Hidráulicos, siempre que no se cause perjuicio a los beneficiarios.

Extinción de las servidumbres

Art. 149.— Las servidumbres caducan y se extinguen en los casos expresamente determinados en la Ley de Aguas y en las disposiciones del Código Civil, conforme a su art. 4o.

Servidumbres de luz y de vista

Concepto general de luces y de vistas.— Se denominan luces las aberturas que se hacen en las paredes con el fin de dar luz a un espacio cualquiera, cerrado y techado.

Se denominan vistas las aberturas que se hacen en las paredes de tal modo que sea posible mirar a través de ellas.

Antecedente histórico.— Los romanos legislaron sobre las luces (luminum) y sobre las vistas (prospectui), a las cuales dieron el sentido de verdaderas servidumbres que gravan el predio vecino al de la pared en que se practican las aberturas.

El legislador francés, al cual sigue nuestro Código en esta materia, se apartó del sistema romano y elaboró las disposiciones aplicables a las luces y a las vistas a base del derecho consuetudinario de Francia.

Luces y vistas legales.— Las luces y las vistas a que se refieren los arts. 937 y siguientes del Código Civil ecuatoriano, equivalen a las luces y a las vistas de costumbre o de derecho del sistema francés. No son otra cosa que el ejercicio del derecho de propiedad moderado por motivos de conveniencia social.

Luces y vistas voluntarias.— Las luces y las vistas voluntarias equivalen a las luces y vistas de servidumbre del derecho histórico francés. Estas servidumbres significan verdaderos gravámenes que sufre el predio vecino al de la pared en que se practican.

Consideraciones generales.— Según la teoría de los intérpretes del derecho romano, la propiedad romanista era de carácter absoluto. Para dichos intérpretes "por derecho natural, cada cual tiene facultad de hacer en su predio lo que le plazca, aun cuando dañe a su vecino, con tal que no usurpe la heredad de éste, y que no arroje nada hacia ella".

La propiedad absoluta, así entendida, no existe en el estado de convivencia social. "Es un derecho que sufre restricciones necesarias para la vida común".

"No es la libertad absoluta, dice Laurent, la que constituye el estado normal, natural de la propiedad, sino la libertad restringida por las necesidades sociales". Y, según expresión de Berlier, "el derecho de todo propietario cesa en el punto en donde empieza un perjuicio para su vecino".

En el derecho civil constituyen notable ejemplo de limitaciones de la propiedad las llamadas servidumbres prediales, en virtud de las cuales unos predios quedan gravados en beneficio de otros; consiste el gravamen unas veces en la mera tolerancia de la acción de otro y otras en la abstención de actos que sin la servidumbre sería posible realizar.

Tratándose de luces y de vistas, la ley procura conciliar los intereses de los predios vecinos. Permite que se practiquen aberturas en las paredes para que entre por ellas la luz, sin la cual las casas

serían poco menos que inhabitables; pero las reglamenta a fin de que se mantenga en lo posible la integridad del predio vecino; e impide que las aberturas o ventanas se conviertan en odiosos medios de espionaje.

Sistema del Código Civil ecuatoriano.— Nuestro Código, en consonancia con la tradición del derecho, permite la constitución de dos especies o tipos de servidumbres de luz y de vista:

1º— Servidumbres legales de luz y de vista; y,
2— Servidumbres voluntarias de luz y de vista.

El régimen y la naturaleza jurídica de ambas clases de servidumbres de luz y de vista difieren considerablemente.

Servidumbres legales de luz y de vista.— A estas servidumbres se refieren los arts. 937 y siguientes. Su antecedente histórico se encuentra, como se dijo antes, en las luces y vistas de costumbre o de derecho del sistema francés.

Las disposiciones relacionadas con las luces y las vistas legales se pueden sintetizar del modo siguiente:

1º— En pared medianera no se puede abrir ni luces ni vistas, sin consentimiento del condueño (inc. 1º del art. 938). Si la pared divisoria llega a ser medianera, cesa la servidumbre legal de luz, y sólo tiene cabida la voluntaria determinada por mutuo consentimiento de ambos dueños (art. 941).

2º— Si la pared no medianera es contigua al predio vecino o dista de él menos de tres metros, el dueño de dicha pared sólo puede abrir luces, con sujeción a lo que dispone el art. 939; es decir: a) la ventana tendrá rejas de hierro y una red de alambre cuyas mallas tengan tres centímetros de abertura o menos; y b) la parte inferior de la ventana distará del suelo de la vivienda a que da luz, tres metros a lo menos. Con estas condiciones el dueño de la pared no medianera puede abrir luces en ella, en el número y de las dimensiones que quiera (inc. 2º del art. 938).

3º— A partir de los tres metros de distancia al predio vecino, el dueño de la pared puede abrir en ella, libremente, tanto luces como vistas.

La distancia se medirá entre el plano vertical de la línea más sobresaliente de la ventana, balcón, etc., y el plano vertical de la línea divisoria de los dos predios, siendo ambos planos paralelos. No siendo paralelos los dos planos, se aplicará la misma medida a la menor distancia entre ellos (art. 942).

Alcance jurídico de las disposiciones relativas a las luces y a las vistas legales.— Cabe preguntar: ¿en qué consisten las servidumbres legales de luz y de vista?; ¿a cargo de qué predio se establecen?; ¿cuál es el predio dominante y cuál el predio sirviente?

Las disposiciones relativas a las luces y a las vistas legales significan que, dentro de la distancia de tres metros desde el predio vecino, el dueño de la pared no medianera tiene un derecho limitado. No puede abrir vistas de ninguna clase; y sólo puede abrir luces con sujeción a las especificaciones contenidas en el art. 939.

"Estas disposiciones, dice Laurent, imponen ciertas restricciones al derecho del propietario, y por tanto son servidumbres que pesan sobre una finca, creadas por interés de la heredad del vecino".

Por consiguiente, predio gravado o sirviente es aquél a que pertenece la pared, y predio dominante es el vecino.

El gravamen consiste, respecto de la servidumbre legal de vista, en no poder abrir vistas dentro de la distancia de tres metros y respecto de la servidumbre legal de luz, el gravamen consiste en no poder abrir luces dentro de esa misma distancia, sino con sujeción a las condiciones establecidas en el art. 939.

El derecho de propiedad del dueño de la heredad queda restringido porque no puede abrir libremente ni luces ni vistas dentro de los tres metros; ni siquiera tiene derecho para impedir que en el suelo vecino se levante una pared que le quite la luz (art. 940).

En cambio, el predio vecino al de la pared queda protegido y no sufre ningún gravamen. Las servidumbres legales de luz y de vista le aseguran una relativa independencia, es decir, le dan utilidad.

Las luces que se abren con arreglo a las disposiciones legales, dice Planiol, "no significan servidumbre alguna sobre el predio vecino; el propietario que ha llevado a cabo esta abertura se ha limitado a usar su derecho de manera normal, respetando la servidumbre a la cual su predio está sujeto".

Asimismo, según Planiol, "las vistas practicadas a la distancia legal no implican ninguna pretensión de servidumbre sobre el predio vecino; el propietario que las haya abierto no ha hecho más que usar su derecho de modo normal. Por tanto, el derecho de propiedad del vecino no sufre limitación alguna por el hecho de su existencia, y éste tiene la facultad de construir aun en el límite extremo de su finca".

Resumen: a— La servidumbre legal de luz impone al dueño del predio al que pertenece la pared la prohibición de abrir luces dentro de los tres metros, a menos que las luces tengan las características determinadas en el art. 939.

Por lo tanto, la servidumbre legal de luz es negativa, continua e inaparente.

b— La servidumbre legal de vista impone al dueño del predio al que pertenece la pared la prohibición de abrir vistas dentro de los tres metros.

Por lo tanto, la servidumbre legal de vista es negativa, continua e inaparente.

Toda servidumbre negativa es continua porque, como consiste en una abstención, se excluye en su ejercicio el acto humano. Y, por consistir en una abstención, es también inaparente.

Planiol explica que una servidumbre "es no—aparente, cuando no hay signos visibles que revelen su existencia, por ejemplo una servidumbre de no—construir o de no exceder determinada altura". Diverso es, a este respecto, el caso de las servidumbres voluntarias de luz y de vista como veremos más adelante.

Servidumbres voluntarias de luz y de vista.— En derecho es posible considerar que las luces y las vistas pueden ser constituídas bajo el aspecto de servidumbres voluntarias. Cada cual podrá sujetar su predio a las servidumbres que quiera, y adquirirlas sobre los predios vecinos con la voluntad de sus dueños, con tal que no se dañe con ellas el ornato público, ni se contravenga a las leyes (art. 944).

Consideradas como voluntarias, las luces y las vistas presentan características harto diversas de las que les corresponden como servidumbres legales.

El antecedente de las luces y vistas voluntarias se encuentra en las luces y vistas de servidumbre del derecho francés.

Oigamos a Laurent: "Las luces y vistas practicadas con las condiciones establecidas por la ley, son el ejercicio de la propiedad, tal como se halla moderado por las necesidades sociales; pero nada impide que los vecinos se sometan a una sujeción más incómoda, gravando sus fundos con una verdadera servidumbre de vista. Y lo que puede hacerse por convenio, puede hacerse por prescripción. Luego, cuando una vista "de costumbre" se haya practicado sin las condiciones legales, de una manera más onerosa, ya no será temperamento, derecho de propiedad, sino servidumbre. Es grande la diferencia que hay entre las luces de costumbre y las luces de servidumbre".

Situación jurídica derivada de las servidumbres voluntarias de luz y de vista.— Supóngase que el dueño de una pared no medianera, situada dentro de la distancia de tres metros del predio vecino, abra luces sin las condiciones establecidas en el art. 939, o que en la misma pared abra vistas destinadas a mirar sobre el predio vecino.

El derecho a mantener tales luces y vistas puede provenir de un convenio expreso con el dueño del predio vecino, o también de la prescripción adquisitiva por haber poseído dichas luces y vistas durante cinco años, de conformidad con lo dispuesto en el inc. 2º del art. 946.

El cuadro jurídico que presentan las servidumbres voluntarias de luz y de vista es distinto del de las luces y vistas practicadas con arreglo a la ley.

Cuando se trata de las luces y vistas voluntarias, predio dominante es aquél al que pertenece la pared porque reporta la utilidad que consiste en gozar de la luz y de la vista, y predio sirviente es el vecino porque sufre el gravamen de tolerar que se mantengan las luces y las vistas que de ordinario son motivo de molestias e incomodidades.

Caracteres.— Las servidumbres voluntarias de luz y de vista son positivas, continuas y aparentes.

Extensión del gravamen de las luces y de las vistas constituídas mediante convenio.— El título constitutivo de la servidumbre determina los derechos del predio dominante y las obligaciones del predio sirviente (art. 948).

Extensión del gravamen de las luces y de las vistas adquiridas por prescripción.— La posesión de la servidumbre por el tiempo señalado en el art. 946 determina los derechos del predio dominante y las obligaciones del predio sirviente (art. 948). "Tantum praescriptum quantum possessum".

Cabe preguntar: ¿Qué es en realidad lo que posee el que abre luces y vistas sin las condiciones legales?

Es obvio que las luces y las vistas han sido abiertas con el fin de gozar del aire y de la luz y también para mirar. Y como el dueño del predio sirviente no puede alterar, disminuir, ni hacer más incómoda para el predio dominante la servidumbre con que está gravado el suyo (art. 886), se trata de saber si en el predio sirviente se podría levantar un edificio que impidiese al dueño del predio dominante obtener lo que se propuso al abrir y mantener las luces y las vistas, o sea el aire y la luz y también la comodidad necesaria para mirar a través de ellas.

"Hay un punto, dice Laurent, que no es dudoso: si el propietario ha poseído vistas de tal anchura, en cierto número, como tal es su posesión, tal será la prescripción. No es el derecho ilimitado de tener las ventanas que quiera lo que ha poseído; su posesión es limitada, y la prescripción debe estar comprendida en los mismos límites; y por lo mismo no podrá abrir nuevas ventanas, ni agrandar las que existen. Esto no tiene duda en nuestra opinión".

Es muy cierto que el que adquirió por prescripción las luces y las vistas las puede mantener. Pero es dudoso que el vecino pueda o no, mediante una construcción nueva en su predio, anular o disminuir su beneficio.

¿"Qué es lo que ha poseído el propietario de la pared?, interroga un comentarista. Unas ventanas. Pues bien, se le dejan estas ventanas, las conserva, y ya no se le puede obligar a que las tape. Esta es la servidumbre continua y aparente que ha adquirido. ¿Pero ha adquirido también la servidumbre que consiste en impedir que el vecino edifique?— Esta es una servidumbre no aparente que no se adquiere por la prescripción; el propietario de la pared no ha poseído esa servidumbre y por lo mismo no puede prescribirla".

¿"Qué cosa es esta servidumbre de vista?, replica Laurent. Establecida por título, tendría ciertamente por objeto impedir que edificase el propietario del predio sirviente, obstruyendo las vistas; establecida por prescripción, debe tener ese mismo efecto. En vano se

dice que el propietario de la pared no ha poseído la servidumbre de no edificar, pues el que practica vistas en su pared ¿qué es lo que quiere? Recibir la luz y el aire, tener la facultad de ver fuera del departamento en donde están abiertas las vistas; esto es lo que posee durante treinta años; y después de esos treinta años el vecino no vendrá y edificará contra la pared, contra las ventanas, las tapará e impedirá al propietario que reciba la luz y el aire, y si el propietario reclama le dirá: ¿de qué te quejas?, tú conservas tus ventanas".

"Además, continúa Laurent, no se trata de adquirir la servidumbre de no edificar, sino de saber si emana, como una necesidad, de la servidumbre que está adquirida; y poco importa que lo esté por título o por prescripción".

¿"Quiere decir esto, agrega Laurent, que absolutamente no pueda edificar?. No, porque la servidumbre de vista no es la de prospecto y no es incompatible con el derecho que tiene el vecino para edificar en su predio. No obstante, esta facultad recibe una restricción. La dificultad consiste en determinar sus límites precisos. ¿A qué distancia del predio dominante puede edificar el propietario del predio sirviente?... En definitiva, no hay ley..."

Es también interesante la opinión de Planiol: "La prescripción de una servidumbre de vista, dice, adquirida en las condiciones precedentes no sólo es un obstáculo para el derecho del vecino a pedir la supresión de las aberturas practicadas sin atenerse a las disposiciones de los arts. 673 y 674; también crea, en perjuicio de este último, una prohibición de construir en su finca, en el radio de la distancia legal, edificios que destruyan u osbtruyan la vista adquirida. Pero no hay que extender sus efectos y hacerla resultar en una servidumbre de non aedificandi o non altius tollendi que, por su propia naturaleza, no es aparente, y no puede establecerse sino por convenio".

Claro Solar, siguiendo a Merlin, expone el siguiente criterio: "Así el que ha prescrito una servidumbre de luz no podría pretender haber adquirido el derecho de impedir que el propietario sirviente levante una pared que le quite la luz, porque lo único que ha poseído es el derecho de tener esa ventana que no se le puede obligar a tapar y de la cual puede gozar mientras las cosas se mantengan en el mismo estado que han tenido durante su posesión".

Pero Laurent arguye contra el juicio de Merlin de este modo: ¿"Qué es lo que Merlin opone a esta interpretación? El cita una sentencia del Parlamento de París; pero en ella se trata de vistas de costumbre, es decir, de vistas de propiedad, y éstas evidentemente que no dan derecho alguno sobre la heredad del vecino"...

Conclusión.— A nuestro entender, el que ha prescrito una servidumbre de luz o de vista no ha adquirido el derecho de gozarlas "mientras las cosas se mantengan en el mismo estado que han tenido durante su posesión", sino que ha adquirido el derecho de que tal estado se mantenga. Lo contrario equivaldría a atribuir al prescribiente un derecho ilusorio.

El problema radica en conciliar el derecho de recibir la luz y de mirar que tiene el dueño del predio dominante, con el derecho de edificar que tiene el dueño del predio sirviente. Y no hay para este propósito disposición expresa en el Código.

Aguas lluvias y desagüe de los techos

El art. 943 declara expresamente que no hay servidumbre legal de aguas lluvias. Los techos de todo edificio deben verter sus aguas lluvias sobre el predio a que pertenecen, o sobre la calle o camino público o vecinal y no sobre otro predio, sino con voluntad de su dueño.

Recuérdese que la servidumbre natural de recibir aguas que descienden del predio superior, se refiere solamente al caso de descenso natural, esto es, sin que la mano del hombre contribuya a ello.

En consecuencia, la servidumbre de recibir aguas lluvias que caen de los techos del predio vecino, sólo se puede establecer de modo voluntario, y por ser continua y aparente se la puede adquirir también por prescripción.

De las servidumbres voluntarias

Las servidumbres voluntarias se llaman también convencionales porque su establecimiento proviene del acuerdo, expreso o presunto, de las partes.

El Código no las enumera.— El Código Civil no enumera las servidumbres voluntarias. No podía enumerarlas porque son tantas cuantas las partes consientan en estipular.

Cada cual podrá sujetar su predio a las servidumbres que quiera, y adquirirlas sobre los predios vecinos con la voluntad de sus dueños, con tal que no se dañe con ellas al ornato público, ni se contravenga a las leyes —art. 944—.

Cómo se establecen las servidumbres voluntarias.— Según el sistema del Código, las servidumbres voluntarias se pueden establecer de tres maneras: 1º) por título; 2º) por destinación anterior; y, 3º) por prescripción.

1º) **Título.—** Todas las servidumbres se pueden establecer por título.

Se entenderá por título, tanto el instrumento en el cual consten, como la causa jurídica que les dé origen.

Como el establecimiento de una servidumbre significa en derecho la enajenación parcial del predio sirviente, el mecanismo legal de su establecimiento es la tradición.

La tradición de un derecho de servidumbre se efectuará por escritura pública en que el tradente exprese constituirla y el adquirente aceptarlo. Esta escritura podrá ser la misma del acto o contrato (art. 732).

Según el art. 25 de la Ley de Registro, se debe inscribir el título constitutivo de una servidumbre.

Quién puede establecer una servidumbre voluntaria.— Según enseña Laurent, "como la servidumbre es un desmembramiento de la propiedad, constituye una enajenación parcial del inmueble; y el propietario es el único que puede enajenar, porque ese es uno de los atributos esenciales del derecho de propiedad. Pero no basta ser propietario; se necesita, además, tener capacidad de enajenar; pues los incapaces, no obstante que son propietarios, no pueden ejercer los derechos inherentes a la propiedad; como no pueden disponer, no pueden tampoco, por eso mismo, establecer una servidumbre".

El copropietario.— Los actos de partición son títulos declarativos de dominio. "De esto resulta, dice Laurent, que teniendo cada propietario un derecho en todo el inmueble, puede gravarlo con derechos reales, tales como servidumbres o hipotecas; y que la partición resolverá si han de subsistir esos derechos, los que serán válidos si el que los ha establecido llega a ser propietario de todo el inmueble".

¿"Qué cosa es, pues, una servidumbre establecida por un co-propietario? Es un derecho condicional, que viene abajo, si el inmueble pasa a poder de otro co—propietario..."

Fiduciario.— En cuanto a la imposición de hipotecas, servidumbres y cualquier otro gravamen, los bienes que fiduciariamente se posean se asimilarán a los bienes de la persona que vive bajo tutela o curaduría, y las facultades del fiduciario a las del tutor o curador. Impuestos dichos gravámenes sin previa autorización judicial con conocimiento de causa, y con audiencia de los que según el art. 793 tengan derecho para solicitar providencias conservatorias, no estará obligado el fideicomisario a reconocerlos (art. 789).

Nudo propietario.— En principio, el nudo propietario puede constituir servidumbre bajo la regulación del art. 811.

No es lícito al propietario, según este artículo, hacer cosa alguna que perjudique al usufructuario en el ejercicio de sus derechos, a no ser con su consentimiento formal.

Quién puede adquirir una servidumbre voluntaria.— Laurent explica que "el predio es el que adquiere la servidumbre; pero como el predio no puede hablar en el contrato, se necesita que esté representado. ¿Por quién?... se necesita que haya un vínculo entre la persona y el predio, y este vínculo debe ser permanente, perpetuo, supuesto que la servidumbre se adquiere con la mente de perpetuidad".

De acuerdo con esta doctrina, sólo el propietario puede adquirir para su predio una servidumbre voluntaria.

2º) **Destinación anterior.**— Por destinación anterior se pueden establecer solamente las servidumbres continuas y aparentes.

Si el dueño de un predio establece un servicio continuo y aparente a favor de otro predio que también le pertenece, y enajena después uno de ellos, o pasan a ser de diversos dueños, por partición, subsistirá el mismo servicio con el carácter de servidumbre entre los dos predios; a menos que, en el título constitutivo de la enajenación o de la partición se haya establecido expresamente otra cosa (art. 945).

¿"Cómo es que una servidumbre nace, de pleno derecho, en el momento en que se separan los dos predios?, interroga Laurent... Las costumbres asimilaban el destino al título; y en efecto, hay analogía completa, pues el título es un convenio expreso, y el destino un convenio tácito. Síguese de aquí que la servidumbre nace, no de la voluntad exclusiva del propietario que ha destinado uno de los predios al servicio del otro, sino del concurso de voluntades de los que toman parte en el contrato en virtud del cual se lleva a cabo la división de los predios. En caso de partición, habiendo muerto el propietario, su voluntad no entra para nada en el establecimiento de la servidumbre, y no interviene en él sino por el destino que ha dado a los predios".

3º) **Prescripción.**— Por prescripción se pueden adquirir solamente las servidumbres continuas y aparentes.

Las servidumbres continuas y aparentes pueden adquirirse por título, o por prescripción de cinco años, contados como para la adquisición del dominio de los fundos (art. 946).

La restricción de la adquisición por prescripción a las servidumbres continuas y aparentes impide que puedan resultar servidumbres de la mera tolerancia del dueño.

Sentencia de juez.— El inc. 2º del art. 944 dispone que las servidumbres voluntarias pueden también adquirirse por sentencia de juez, en los casos previstos por las leyes.

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que las sentencias judiciales no son atributivas, sino declarativas de derechos. No crean derechos, pues solamente declaran los preexistentes.

El inc. 2º del art. 944 se refiere a las divisiones de fundos, en las cuales el juez partidor debe establecer las servidumbres necesarias para su cómoda administración y goce (art. 1380, num. 5º).

Pero, en verdad, en la adjudicación de los bienes el partidor no hace más que declarar la voluntad expresa o presunta de los coasignatarios (art. 1377).

Prescripción adquisitiva y extintiva de un modo particular de ejercer la servidumbre.— El art. 952 establece que se puede adquirir y perder por prescripción un modo particular de ejercer la servidumbre, de la misma manera que podría adquirirse o perderse la servidumbre misma.

Esto se debe a que una servidumbre se puede ejercer de diversos modos, y "el que no podía usar sino de un modo poco ventajoso en virtud de su título, usa de un modo más ventajoso".

En la práctica, el nuevo modo de ejercerla constituirá una nueva servidumbre.

La disposición del art. 952 sólo tiene aplicación tratándose de servidumbres continuas y aparentes, únicas que pueden adquirirse por prescripción.

De la extinción de las servidumbres

Las causas generales de extinción de las servidumbres son las enumeradas en el art. 949.

Hay otras causas de extinción aplicables a determinadas servidumbres en particular, como la del art. 905 que se refiere sólo a la servidumbre de tránsito.

Las causas generales de extinción son las siguientes:

1º)— La resolución del derecho del que las ha constituído.

Esta causa de extinción es aplicable sólo a las servidumbres voluntarias, pues las naturales y las legales son impuestas por la sola disposición de la ley, sin que influya en su vigencia la situación jurídica del dueño del predio afectado.

2º)— La llegada del día o el cumplimiento de la condición, si se ha establecido de uno de estos modos.

Las servidumbres son, de ordinario, perpetuas; pero no hay inconveniente en que las convencionales se sometan a plazo o condición, y, por lo tanto, sólo a tales servidumbres se les aplica esta causa de extinción.

3º)— La confusión, o sea la reunión perfecta e irrevocable de ambos predios en manos de un mismo dueño. Así, cuando el dueño de uno de ellos compra el otro, perece la servidumbre; y si por una nueva venta se separan, no revive, salvo el caso del art. 945. Por el contrario, si la sociedad conyugal adquiere una heredad que debe servidumbre a otra heredad de uno de los dos cónyuges, no habrá confusión sino cuando, disuelta la sociedad, se adjudiquen ambas heredades a una misma persona.

Esta causa de extinción es aplicable, sin distinción, a toda servidumbre.

4º)— La renuncia del dueño del predio dominante.

Esta causa de extinción, fundada en la facultad de enajenar, alcanza a toda clase de servidumbres siempre que no sean de interés general, sino particular del renunciante.

5º)— Se extinguen las servidumbres por haberse dejado de gozar diez años.

En las servidumbres discontinuas corre el tiempo desde que han dejado de gozarse; en las continuas, desde que se haya ejecutado un acto contrario a la servidumbre.

Regla aplicable a la conservación de la servidumbre.— Si el predio dominante pertenece a muchos, pro indiviso, el goce de uno de ellos interrumpe la prescripción respecto de todos; y si contra uno de ellos no puede correr la prescripción, no puede correr contra ninguno (art. 950).

Esto se debe al carácter indivisible de las servidumbres, y a que éstas son establecidas no para las personas, sino para los predios.

La servidumbre puede cesar y revivir.— Si cesa la servidumbre por hallarse las cosas en tal estado que no sea posible usar de ellas, revivirá desde que deje de existir la imposibilidad, con tal que esto suceda antes de haber transcurrido diez años (art. 951).

Si la imposibilidad de ejercer la servidumbre dura más de diez años, desaparecida la imposibilidad no revive la servidumbre, sino que se extingue porque obra la quinta causa general de extinción.

Tanto de la disposición del art. 807 (876) del Código Civil, como del tenor y espíritu de las demás disposiciones legales pertinentes, se desprende la consecuencia de que la calidad de único dueño del predio dominante no es requisito indispensable para la constitución de una servidumbre, cuyo carácter esencial es el de ser un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio; y si bien la ley agrega las palabras "de distinto dueño", ellas no pueden, por si solas, alterar el significado intrínseco y substancial que corresponde a "servidumbre". En consecuencia, el dueño de un predio puede muy bien entablar demanda por la constitución de una servidumbre de acueducto.— Gaceta Judicial, Serie IV, No. 136.

El servicio de desagües de aguas de un baño, de aguas de una cocina y de aguas de regadío de una dehesa, si es aparente, no es continuo, de conformidad con el art. 809 (878) del Código Civil porque suponen... "el hecho actual del hombre, que mide, de acuerdo con sus conveniencias, el tiempo de

funcionamiento de su baño, su cocina, y el regadío de sus dehesas".— Gaceta Judicial, Serie V, Nos. 79—80.

En el caso del inciso 2o. del art. 817 (886) del Código Civil, no es necesaria la solemnidad de escritura pública.— Gaceta Judicial, Serie II, No. 121.

El descenso natural de las aguas lluvias a un predio vecino, debido a la situación de los lugares, constituye la servidumbre de que habla el art. 820 (889) del Código Civil, y no la de aguas lluvias de que trata el art. 870 (943) del mismo Código.— Los horados que se hacen en las paredes para que pasen las aguas que el predio superior vierte naturalmente al inferior, no son obras que facilitan el descenso de ellas para que pudiese decirse que están prohibidas por el sobredicho art. 820 (889).— Gaceta Judicial, Serie I, No. 136.

La disputa que se reduce a la porción de aguas que corresponde a las partes, debe resolverse con aplicación del art. 12 de la Ley de Aguas.— Gaceta Judicial, Serie VI, No. 7.

"El lapso de diez años a que se refería la prescripción especial mencionada en el art. 823 (892) del Código Civil ha sido trasladado al art. 12 de la Ley de Aguas, ya no como un elemento de la prescripción adquisitiva propiamente dicha, sino como un antecedente supletorio señalado por el legislador para resolver las diferencias entre los copartícipes beneficiarios de la irrigación. Y en este concepto, dicho artículo de la Ley de Aguas deroga tácita y parcialmente el art. 823 (892), esto es, en lo concerniente a la prescripción".— Gaceta Judicial, Serie VI, No. 7.

"1o.) Según los arts. 823 (892) del Código Civil y 750 (757) del de Procedimiento en esta misma materia y el 12 de la Ley de Aguas, cuando surja controversia o disputa entre los propietarios o poseedores o copartícipes sobre el uso y goce de aguas, se han de tener en cuenta, para decidirla, los respectivos títulos, si fueren claros y precisos, o cualesquiera otros documentos que sirvan para esclarecer y determinar el derecho de cada uno de ellos. 2o.) Los dos últimos artículos citados previenen también que, en caso de falta de títulos y documentos aclaratorios, ha de tenerse asimismo en cuenta, la forma en que se hubiesen ejercido tales derechos en los últimos diez años; y que, si esto no fuere posible, la distribución o reparto de las aguas ha de hacerse atendiendo al volumen de éstas, a los usos y necesidades a que están destinadas, a la posesión anterior, y a las demás circunstancias que constaren en el proceso".— Gaceta Judicial, Serie VI, Nº 10.

"El art. 828 (897) del Código Civil establece como servidumbres diversas, con efectos, también diversos en orden a los derechos y obligaciones que de ellas derivan, la de cerramiento y la de medianería".— Gaceta Judicial. Serie VI, No. 9.

En el juicio de demarcación... "al juez corresponde la fijación defi-

nitiva de los límites de las heredades, cuando las partes no llegan a un acuerdo".— Gaceta Judicial. Serie VI, No. 9.

En el juicio de apeo y deslinde "es admisible la prueba de testigos para justificar no el derecho a determinada extensión del suelo, sino el hecho material de haberse fijado la línea de separación de que se trata".— Gaceta Judicial. Serie VI, No. 9.

"Para que sea procedente la demanda de fijación de linderos, no basta que los dos predios sean colindantes sino que es además, absolutamente necesario que se justifique la propiedad de la parte actora, como de la demandada, respectivamente, atendiendo a la naturaleza jurídica de esta clase de acciones reales y a su principal finalidad, cual es la de establecer una servidumbre positiva predial, mediante la demarcación y cerramiento, la cual se halla definida y reglamentada en el parágrafo 2º del Título XI (XII) Libro II, del Código Civil".— Gaceta Judicial. Serie VI, Nº 10.

Una vez contestada la demanda de apeo y deslinde, no es potestativo para el demandante entablar acción reivindicatoria, por ser no sólo distinta, sino contraria a la de apeo y deslinde.— Gaceta Judicial. Serie I, Nº 44.

Los títulos de dominio son la base para las resoluciones relativas a deslinde de terrenos.— Gaceta Judicial. Serie I, Nº 137.

Cuando lo que se discute entre los dueños de los predios colindantes es el dominio de una cosa, no es procedente la acción de demarcación, cuyos objetos están determinados en el art. 705 (712) del Código de Procedimiento Civil.— Gaceta Judicial. Serie VI, Nº 5.

El juez retirará o acercará la línea divisoria, hasta donde las partes hayan comprobado su propiedad.— Gaceta Judicial. Serie IV, Nº 103.

1º) El juez no puede dejar de señalar los linderos por falta de prueba, ya que esto equivale a dejar sin eficacia el derecho que concede el art. 829 (898) del Código Civil al dueño de un predio a que se fijen los límites que lo separan de los predios lindantes"; 2º) "De no existir en el proceso las pruebas suficientes, es obligación del juez ordenar la práctica de diligenvias, haciendo uso de la facultad que concede el art. 320 del Código de Enjuiciamientos Civiles". (art. 120 del Código de Procedimiento Civil".— Gaceta Judicial. Serie V, Nº 10.

Quito, a 18 de enero de 1959.— VISTOS: ".... 3º) Si el mismo actor consigna en su demanda que Fidel Saraguro "por falta de claridad de linderos se ha aprovechado introduciéndose en mis terrenos", estaba abriendo la posibilidad de que el demandado pudiese oponerse a una acción de demarcación así planteada, alegando circunstancias que justificasen la conducta que se le inculpaba, o hechos que llevasen a contar con otros elementos

de juicio para poder dictar sentencia definitiva con pleno conocimiento de causa. Y, si en realidad, como ya queda dicho, Fidel Saraguro alega que los verdaderos límites no son los que el actor pretende sino otros que se han mantenido y respetado desde hace más de treinta años, y, además, se opone expresamente la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, y se ofrece rendir abundante y oportuna prueba que justifique tales aseveraciones, no podía el juez provincial creer que se trataba de una demarcación que podía verificarse por la simple inspección o por las pruebas producidas durante la diligencia, omitiendo, inclusive de recibir otras pedidas a tiempo, y dictar sentencia fijando los límites. Las alegaciones del demandado (que pueden o no ser verdaderas, que pueden o no ser demostradas) no eran impertinentes en esta clase de juicios, como se ha afirmado insistentemente. Y la doctrina es uniforme en este sentido. Para hacer referencia a una opinión respetable, en la pág. 115 del Tomo IV de las Explicaciones de Derecho Civil chileno y Comparado de Luis Claro Solar, se lee: "Pero la imprescriptibilidad de la acción de demarcación no impide que el propietario demandado pueda prevalerse de su posesión, si esta posesión reúne las coracteres que la ley exige para llegar a la prescripción, con el objeto de hacerse atribuir la propiedad de las porciones del predio colindante que ha incorporado al suyo; y esto aunque los títulos de los predios determinaran la cabida exacta de cada uno y el demandado poseyera una cabida mayor, cuyo exceso tendría que restituir en la demarcación si la prescripción no hubiera llegado a realizarse". El Juez Provincial debió por tanto, aplicar el art. 712 del Código de Procedimiento Civil y sustanciar el juicio ordinario. No habiéndolo hecho ha incurrido en violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto, y esta violación puede influir fundamentalmente en la decisión de la causa, porque al tramitarse el juicio ordinario se podrían considerar alegaciones y pruebas que no han sido tomadas en cuenta.— Gaceta Judicial. Serie XI, Nº 7, pág. 933.

La prueba testimonial, "en habiendo títulos es inepta para fijar linderos de los inmuebles a que esos títulos se refieren".— Gaceta Judicial. Serie V, Nº 35.

"....la demanda de fijación de linderos, atendiendo a la naturaleza jurídica de esta clase de acciones reales, y a su principal finalidad, cual es la de establecer una servidumbre positiva predial, mediante la demarcación y cerramiento, sólo es procedente entre los dueños de los predios colindantes".— Gaceta Judicial. Serie VIII, Nº 1.

"Tratándose de demarcación, éste es uno de los juicios en que el interés de los litigantes, lejos de ser contrapuesto, es coincidente en cuanto a la conveniencia común de determinar los límites materiales de las respectivas heredades. Aunque el resultado de la acción de deslinde puede (no siempre) redundar en una adjudicación o una recuperación de terrenos, jamás puede confundirse dicha acción con la acción reivindicatoria, en la

cual sí surgiría la contraposición de intereses entre el marido y la mujer".— Gaceta Judicial. Serie VIII, Nº 6.

"En el deslinde no se demanda una cosa cierta y determinada que pertenezca a un propietario, sino que, por la imprecisión de los términos de la separación de las propiedades colindantes, no se pide más que la fijación de linderos comunes. Los títulos y las pruebas se presentan para que den la pauta para trazar las líneas divisorias; y la decisión no surge de las pretensiones de las partes sino de los títulos, del derecho y sus pruebas y del imperio de la ley".— Gaceta Judicial. Serie VIII, Nº 6.

"Para la demarcación y reparto de las tierras de aluvión, es necesaria su continuidad —art. 829 (898) del Código Civil—; y lo propio ocurre con la parte del cauce que íntegramente hubiere quedado en seco, el cual pasa a ser de dominio privado y accede a las heredades limítrofes, en proporción a las latitudes de éstas con sujeción a una línea que se supone trazada en la mitad del referido cauce abandonado".— Gaceta Judicial. Serie VI, Nº 13.

Quito, a 13 de junio de 1964.— VISTOS: "....1º) La acción para que se demarquen o fijen linderos de predios contiguos es, por su naturaleza, una acción imprescriptible, sea para establecer por vez primera la demarcación, sea para reconstruirla si se ha oscurecido o alterado la que anteriormente existió. Pero esta imprescriptibilidad no obsta, naturalmente, a que el propietario demandado pueda haber estado poseyendo las porciones en que la duda recae, y en tal caso, si se reúnen los requisitos legales, y especialmente el de que la posesión haya sido pública y se refiera a porciones determinadas de terreno, podrá el demandado haber llegado a adquirir por prescripción tales terrenos. Esto no significa que la acción de demarcación haya prescrito; lo único que ocurre es que los límites que se van a fijar van a ser distintos de los que se hubieren fijado si la prescripción adquisitiva no se hubirea operado. No ha desaparecido, consiguientemente, la acción demarcatoria; lo que ha desaparecido es el derecho para demandar los primitivos límites. Puede, por tanto, invocarse la prescripción cuando la posesión haya sido pública y no interrumpida y se refiera a porciones de terreno determinadas. No procede, por tanto, la excepción de encontrarse prescrita la acción propuesta.— Gaceta Judicial. Serie X, Nº 5, pág. 2485.

"1º) Subsistiendo la acción de apeo y deslinde en todo el tiempo en que no se haya hecho o sea necesaria la delimitación de los predios colindantes, ella no prescribe sino con el derecho mismo sobre la cosa o raíz. 2º) La acción que tiene por objeto circunscribir, mediante una linderación, el derecho de cada uno de los colindantes, no puede confundirse con la que tiene el comprador para que el vendedor le entregue la cabida vendida, pues la primera no persigue el fin de la segunda, sino simplemente el separar, mediante señales exteriores claras, las diversas porciones de los co-

lindantes, según el derecho constituido en sus respectivos títulos".— Gaceta Judicial. Serie VIII, Nº 8.

El juicio de demarcación y linderos, no pertenece a la clase de aquellos en que se reclama acerca de la propiedad, "aun cuando en él se discuta incidentalmente sobre cuestiones de dominio, al tratarse de fijar el lindero pedido en la demanda".— Gaceta Judicial. Serie VII, Nº 1.

En los juicios de demarcación, "la prueba instrumental es la base de la determinación de linderos; y sólo, tan sólo, en falta absoluta de ella, el juez puede hacer mérito de cualquier otra tendiente a dar a conocer los verdaderos límites de los predios colindantes".— Gaceta Judicial. Serie III, Nº 205.

"En los juicios de deslinde, la comprobación del dominio, es el fundamento para la fijación de los linderos, pues siendo el objeo del juicio la demarcación, el juez retirará o acercará la línea divisoria, hasta donde las partes hayan comprobado su propiedad.— Gaceta Judicial. Serie IV, Nos. 103 - 104.

"Tratándose del apeo y deslinde, los títulos de propiedad prevalecen sobre cualesquiera otras pruebas, no admitiéndose la testimonial sino para los efectos determinados en el Art. 741 (714) del Código de Enjuiciamientos Civiles; no pudiendo desvirtuarse el mérito probatorio de la instrumental sino por otros títulos que se le opongan".— Gaceta Judicial. Serie V, Nº 10.

"Es inaceptable el principio... acerca de que cuando el juicio versa sobre el restablecimiento de linderos, es decisiva la prueba testimonial; mientras que si se trata de fijar por primera vez la línea de separación, la prueba instrumental... es la única eficaz".— Gaceta Judicial. Serie V, Nº 152.

1º) Es procedente la demanda sobre apeo y deslinde cuando el lindero que separa un predio de los contiguos, en parte ha sido alterado, y en parte ha desaparecido. 2º) Tratándose de fijación de linderos, los títulos de propiedad deben prevalecer sobre la prueba testimonial.— Gaceta Judicial. Serie II, Nº 14.

Al juez corresponde la fijación definitiva de los límites de las heredades, cuando las partes no llegan a un acuerdo.— Gaceta Judicial. Serie VI, Nº 9.

Es admisible la prueba de testigos para justificar, no el derecho a determinada extensión del suelo, sino el hecho material de haberse fijado la línea de separación.— Gaceta Judicial. Serie VI, Nº 9.

La demanda de apeo y deslinde no puede proponerla la mujer con-

tra el marido como representante legal de la sociedad conyugal, porque ésta no es persona jurídica y no puede, por consiguiente, ni demandar ni ser demandada.— Gaceta Judicial. Serie VIII, Nº 6.

"La servidumbre de cerramiento es un derecho real, cuyo ejercicio corresponde a los dueños de predios contiguos, como consecuencia del derecho de propiedad sobre cada una de las zonas cuya separación se pretende. Cualquiera de los dueños de predios vecinos puede imponerle al otro, fundándose en la propiedad, pues el derecho de tal servidumbre existe, en tanto que exista el de dominio, y se trate de predios colindantes".— Gaceta Judicial. Serie IV, Nos. 103 - 104.

Al tratarse de construcciones contiguas, la prohibición contenida en el art. 832 (901) del Código Civil tiene que referirse a las obras que el propietario colindante no puede levantar, sin adquirir, según el art. 841 (910) previamente la medianería, y a cualquier otro aprovechamiento que no sea resultante del mero cerramiento... atenta "la imposibilidad de cerrar un fundo sin que resulte igualmente beneficiado el fundo colindante. Para conciliar ese aprovechamiento con lo que requieren los principios de la más estricta justicia, ha concedido la ley el derecho que es materia del art. 833 (902) del ya citado Código.— Gaceta Judicial. Serie II, Nº 89.

1º) "De que la escalera haya sido común a las dos casas cuando eran de un solo dueño no puede deducirse que, al enajenarlas, haya quedado impuesta la servidumbre que trata de sostenerse, porque las servidumbres discontinuas sólo se adquieren por medio de un título —art. 873 (946)— del Código Civil. 2º) Para el efecto, "nada significa la frase de que la venta de la casa se hacía con todos sus usos, derechos y servidumbres; pues éstas deben constituirse de un modo expreso".— Gaceta Judicial. Serie I, Nº 42.

La obligación de entregar un fundo con un camino o entrada directa, no se extingue por el hecho de haber adquirido el comprador otro fundo que pudiera servir para esa entrada; y nada obsta a ello el que la adquisición de los dos predios se hubiere verificado en una sola escritura pública.— Gaceta Judicial. Serie I, Nº 151.

Quito, a 28 de junio de 1968.— VISTOS: 4º) No es procedente la principal alegación del demandado de que se ha extinguido la servidumbre de tránsito, ya que no se trata de ésta como incidente de servidumbre ya establecida, sino del atentado contra la posesión exclusiva de una portada y de un terreno; ya porque, aun siendo el caso de la discusión de una servidumbre de tránsito, el demandado no tendría la calidad de dueño del predio sirviente, sino la de dueño de uno de los varios predios dominantes en cuyo beneficio existe la servidumbre de tránsito; y ya, finalmente, porque el art. 910 (905) a que se refiere el demandado, supone, en primer lugar, una previa decisión judicial para exonerarle de la servidumbre, y sobre todo se refiere exclusivamente a la servidumbre legal de tránsito, y la del

caso presente es una servidumbre voluntaria, constante de título, como de los autos aparece; y la disposición invocada no se aplica a estas últimas.— Gaceta Judicial. Serie XI, N° 5, pág. 649.

Quito, noviembre 23 de 1971.— VISTOS:.... demanda el restablecimiento de dicha servidumbre (de tránsito). Para resolver se cosnidera: 1°) Si por título hemos de entender el origen o fundamento legal de un derecho, en tratándose de la servidumbre de tránsito, no es solamente el convenio de las partes el que puede darle origen; es, además, la ley porque el art. 903 del Código Civil, expresamente dispone que "si un predio carece de toda comunicación con el camino público, por la interposición de otros predios ,el dueño del primero tendrá derecho para imponer a los otros la servidumbre de tránsito, en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio de su predio, pagando el valor del terreno necesario para la servidumbre y resarciendo cualquier otro perjuicio". Es, por su naturaleza, una servidumbre legal y positiva, porque impone al dueño del predio sirviente la obligación de soportar el gravamen, obligación que nace de un interés de orden general, y que hace posible la convivencia vecinal. Y tal obligatoriedad se pone en evidencia con lo dispuesto en el art. 905, que completa el sistema en cuanto a que puede dársela por terminada cuando no llegue ésta a ser indispensable para el predio dominante. 2°) Es, entonces, equivocado afirmar que el título consiste en el instrumento en que consta su constitución misma, como lo es, decir que el actor carece de título, si ha sido plenamente demostrada su existencia, anterior a los hechos que dan origen a esta acción. 3°) Probada plenamente la existencia de la servidumbre, es inaceptable la afirmación de los demandados de que pueda ésta desaparecer en razón de que existen otros medios de comunicación con el camino público vecinal, si, del propio art. 905 del Código Civil se deduce que, lo que la Ley ha querido, es que los predios dispongan de una comunicación adecuada para un cómodo aprovechamiento. No otra cosa se deduce cuando expresa que, si la servidumbre llega a no ser indispensable para el predio dominante por la adquisición de terrenos que le den un acceso cómodo al camino, el dueño del predio sirviente tendrá derecho a pedir que se lo exonere de este gravamen.— Gaceta Judicial. Serie XI, N° 13.

El único objeto del juicio práctico a que se refiere el inciso 1° del art. 842 (911) del Código Civil es el de dictar las medidas necesarias para que la nueva construcción no dañe al vecino; y, por consiguiente, el mero hecho de edificar en una pared medianera sin haber obtenido previamente el consentimiento del vecino, o sin haber provocado el antedicho juicio, no es, por sí solo, motivo legal suficiente para ordenar la destrucción de la nueva obra".— Gaceta Judicial. Serie I, N° 12.

La construcción de hornos u otras fuentes de calor, excepto estufas, a menos de dos metros de distancia de las paredes que delimitan los predios, aunque éstas no fueren de madera, viola el art. 145 de la Ordenanza

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA U.C.

Municipal sobre construcciones urbanas; y, por lo mismo, quebranta el precepto del art. 910 del Código Civil.— Gaceta Judicial. Serie VIII, Nº 2.

La acción que versa sobre la servidumbre de medianería establecida en una pared divisoria, es acción real, según lo que expresa el art. 566 (614) del Código Civil; y, por consiguiente, tratándose de la destrucción de dicha pared ruinosa y la edificación de otra nueva arreglada al art. 844 (913) números 5º y 6º, la demanda debe proponerse contra el actual dueño del edificio, sin que obste el hecho de que la obra cuya destrucción se pide, hubiese sido construida por el anterior dueño de ese edificio.— Gaceta Judicial. Serie IV, Nº 158.

"Lo prescrito por el art. 845 (914) del Código Civil, así por su contexto, como por las disposiciones que le preceden, se refiere, no a la obligación de la concurrencia al cerramiento prescrito por el art. 833 (902), respecto de cercas divisorias que deben construirse, sino a las obligaciones que provienen de las servidumbres de medianería ya establecidas y de las obras que fuere menester efectuar en tratándose de esta servidumbre; pero sería injusto, a la par que absurdo, aplicar el citado art. 845 (914) en orden al cerramiento, cuyo beneficio común de independencia entre las dos propiedades sea gratuito para el propietario colindante, y gravoso tan sólo para el que demandara el cerramiento".— Gaceta Judicial. Serie V, Nº 124.

Habiendo estipulación expresa para construir una pared medianera, ..."no puede exonerar al demandado su referida obligación de contribuir a la construcción de la pared mencionada, la renuncia de la medianería que pretende hacer al amparo del art. 845 (914) del Código Civil, por cuanto esta renuncia es incompatible con las obligaciones contraídas expresamente por las partes...".— Gaceta Judicial. Serie VI, Nº 9.

El agua que pertenece a dos predios debe distribuirse proporcionalmente a la extensión de cada uno de ellos, si los títulos no establecen otra forma de distribución.

"La ley no exige, para el establecimiento y ejercicio de la servidumbre de acueducto, el dominio sobre las aguas, por parte del dueño del predio dominante, siendo suficiente que disponga, a cualquier título, de un caudal destinado al riego de su predio".— Gaceta Judicial. Serie VII, Nº 8.

No es de la esencia ni de la naturaleza de la servidumbre de acueducto, el constituir derecho sobre las aguas que, por correr, naturalmente, en el predio sirviente caigan o se derramen en la acequia materia de la servidumbre, por sólo un acto de mera facultad de parte del dueño del predio sirviente. (art. 2.481 (2.423) del Código Civil. Por lo mismo para que se hubiese limitado el derecho del dueño del predio sirviente, en cuanto a las referidas aguas, era preciso que el dueño del predio dominante hubiera adquirido, por prescripción u otro título, el derecho de servidumbre de ellas.

Y, para que se originara la prescripción de las aguas que nacen y mueren en el predio sirviente, es de todo punto indispensable que el dueño del dominante hubiese construido obras aparentes, destinadas a facilitar el descenso de las aguas a la acequia materia de la servidumbre. art. 822 (891) del Código Civil.— Gaceta Judicial. Serie IV, Nº 35.

"Toda acción presupone en el actor un interés actual, un provecho efectivo; lo que vale decir que quien intenta establecer la servidumbre de acueducto debe disponer de las aguas que trata de llevar y de tierras que las aprovechen".— Gaceta Judicial. Serie VI, Nº 6.

"El concepto de servidumbre legal es el de un gravamen impuesto por la ley sobre un predio en beneficio de otro, como obligatorio para el dueño del predio sirviente, gravamen forzoso del cual están exentos, tratándose de servidumbre de acueducto, las casas, corrales, patios, huertas y jardines, sin que esta excepción se oponga a que en dichas secciones se constituya una servidumbre voluntaria, con arreglo al art. 871 (944) del Código Civil".— Gaceta Judicial. Serie VII, Nº 8.

En el caso del art. 857 (928) del Código Civil "sólo el dueño exclusivo de un acueducto puede ensancharlo o introducir en él mayor volumen de agua aunque la acequia atraviese por heredad ajena".— Gaceta Judicial. Serie II, Nº 140.

El dueño del predio dominante no está en el caso de usar el derecho que le concede el art. 861 (932) del Código Civil, cuando la acequia que le pertenece no se encuentra destruida en el trayecto del predio sirviente, y sólo ha sufrido un daño reparable.— Gaceta Judicial. Serie I, Nº 118.

Un predio no puede estar sujeto a más de una servidumbre legal de acueducto para manesteres agrícolas, aunque sea a favor de distintos predios; y 2º) esta limitación no se extiende a los otros casos previstos en el art. 849 (918) del Código Civil.— Gaceta Judicial. Serie IV, Nº 267.

"La servidumbre de vista es continua y aparente, tanto por su naturaleza, como porque así lo sientan los comentadores, y porque en los Códigos argentino y francés, se la pone como ejemplo de servidumbre continua y aparente".— Gaceta Judicial. Serie VI, Nº 16.

Quito, a 5 de mayo de 1972.— VISTOS:... Quinto: Si bien es cierto que la casa Nº 273 de propiedad del actor se halla contigua a la del demandado, desde las ventanas de esta última casa, ventanas del tercer piso, no existe servidumbre de vista, toda vez que la línea de visibilidad se proyecta sobre el techo de la casa Nº 273, pues, el art. 942 del Código Civil prescribe que "no se puede tener ventanas, balcones, miradores o azoteas, que den vista a las habitaciones, patios o corrales de un predio vecino, cerrado o

no; a menos que se interponga una distancia de tres metros", distancia que no hace falta apreciar en el caso cuestionado por cuanto está claro que desde las ventanas tantas veces indicadas no existe servidumbre de vista hacia el predio materia de la litis, casa Nº 273.— Gaceta Judicial. Serie XI, Nº 14.

1º) Si bien, no hay servidumbre legal de aguas lluvias, la hay voluntaria, adquirida por título o ganada por prescripción, conforme al inc. 2º del art. 873 (946) del Código Civil. 2º) El dueño del predio dominante puede oponerse al levantamiento de la pared medianera, si con él se embaraza el goce de una servidumbre de aguas lluvias válidamente costituida. 3º) No obsta a lo dicho, el que haya medios materiales para evitar tal embarazo, si ellos consisten en obras que son, por sí mismas, legalmente denunciables. 4º) No se extingue la servidumbre indicada por la reedificación del predio dominante, ya que esta causal no se halla comprendida en ninguno de los casos del art. 876 (949) del Código Civil.— Gaceta Judicial. Serie II, Nº 7.

"Tanto la servidumbre de vista, consistente en las ventanas, como la de aguas lluvias vertidas mediante el alero, son servidumbres continuas y aparentes, y susceptibles, por lo mismo, de ganarse por prescripción, según el inc. 2º del art. 873 (946) del Código Civil.— Gaceta Judicial. Serie VI, Nº 15.

"La servidumbre de aguas lluvias no es impuesta por la ley; pero puede constituirse por un hecho del hombre, y por lo mismo tiene el carácter de voluntaria. Esta servidumbre, además, es aparente y continua y puede adquirirse por título o por prescripción, conforme al art. 944" (946) del Código Civil.— Gaceta Judicial. Serie VIII, Nº 9.

"La obra que se reduce a la facultad de arrojar aguas en solar ajeno mediante una construcción destinada a facilitar su ejercicio, es aparente, discontinua... y pertenece a la clase de las voluntarias: no puede adquirirse sino en virtud de un título; ni aun el goce inmemorial basta para constituirla, según enseñan los arts. 809, 811 y 873 (878, 880 y 846) del Código Civil".— Gaceta Judicial. Serie III, Nº 188.

"Las servidumbres voluntarias de luz y vista, aparentes y continuas, pueden adquirirse no sólo por título, sino también por prescripción de diez años, según así lo declaran los arts. 873, 2º, y 2.494, 2º (946 y 2.436) del Código Civil; y esas servidumbres, por la propia razón de ser voluntarias, no están sujetas, en su ejercicio, a las reglas de los arts. 866 y 869 (939 y 942) del citado Código, ya que, atento al art. 875 (948) del mismo, la posesión de las servidumbres por el tiempo indicado arriba, es el único medio para determinarlo".— Gaceta Judicial. Serie I, Nº 6.

La servidumbre voluntaria de tránsito, siendo como es discontinua, sólo puede adquirirse por medio de un título.— Gaceta Judicial. Serie IV, Nº 270.

Aunque en la venta de bienes raíces "se exprese que la transferencia de lo vendido se hace con todas sus servidumbres activas y pasivas, esa declaración genérica e imprecisa no vale como reconocimiento expreso de la servidumbre específica de desagüe de aguas servidas".— Gaceta Judicial. Serie V, Nos. 79 - 80.

Aunque el hecho de haber constituido el dueño de un predio "un servicio de desagüe entre dos partes de su fundo, fuera capaz de surtir iguales efectos que el servicio constituido por un mismo dueño entre dos predios (art. 872 (945) del Código Civil), esta manera legal de constitución de una servidumbre exige como condición precisa que se trate de un servicio continuo y aparente.— Gaceta Judicial. Serie V, Nos. 79 - 80.

Como el dueño anterior de los predios que actualmente pertenecen al demandante y al demandado, respectivamente, estableció el servicio de desalojar las aguas de este último predio al del actor, servicio que, atento el art. 872 (945) del Código Civil y por no aparecer que en la partición de los bienes de dicho dueño anterior, ni en ningún otro título se haya acordado la extinción de este servicio, debe subsistir con el carácter de servidumbre entre los dos predios, respecto de las aguas lluvias, por tratarse de un servicio continuo como es el de conducir dichas aguas, y aparente por haberse hecho la conducción mediante un canal de piedra; mas no respecto de las aguas del tanque y demás servidas, porque acerca de éstas el servicio no pudo ser continuo, ya que para su ejercicio requería un hecho del hombre.— Gaceta Judicial. Serie VI, Nº 11.

Si los dueños del predio que se ha supuesto sirviente sufren el gravamen de un servicio discontinuo, este hecho de mera tolerancia, no ha podido conferir a los dueños del otro predio el derecho de convertir ese servicio discontinuo en servidumbre, por medio de la prescripción.— Gaceta Judicial. Serie V, Nos. 79 - 80.

"Negados por el reo los fundamentos de la acción, tocábale al demandante justificar su derecho a la servidumbre cuyo restablecimiento solicitaba, justificación que debía hacerla mediante el título constitutivo de la servidumbre, o comprobando haberla adquirido por prescripción o por reconocimiento expreso de la servidumbre por parte del dueño del predio sirviente, conforme al art. 874 (947) del Código Civil".— Gaceta Judicial. Serie VII, Nº 8.

Quito, enero 13 de 1965.— VISTOS: ".... 2º) Queda, entonces, como único fundamento de la acción, y así se desprende, además, de la misma exposición de los hechos constantes en la demanda, el art. 950, que contiene lo que los tratadistas llaman constitución de una servidumbre por destinación del padre de familia. Pero en esta forma sólo pueden constituirse servidumbres continuas y aparentes; y la servidumbre a que el actor se re-

fiere —la de tránsito— es discontinua, y, según los casos, puede o no ser aparente; por tanto no es aplicable a este caso la disposición en que la demanda se funda. 3º) Las servidumbres discontinuas de toda clase, dice el art. 951, sólo pueden adquirirse por medio de un título, ni aun el goce inmemorial bastará para constituirlas. En estas condiciones, ni la aseveración de la demanda de que el actor ha gozado de la servidumbre de tránsito por mucho tiempo, ni la prueba testimonial tendiente a confirmarla, tienen ningún valor porque la servidumbre de tránsito no se puede adquirir por prescripción. 4º) En cuanto a que Luis Hurtado la hubiese adquirido por título, no aparece en forma alguna de los autos.... Y no puede aceptarse, como pretende el actor, que se constituyó la servidumbre de tránsito por haberse consignado en la mencionada escritura pública de compra-venta aquella fórmula ritual en los contratos, de que la venta comprende "todas las servidumbres activas o pasivas legalmente constituidas", porque esto se refiere a las servidumbres activas o pasivas que, con relación a otro predio de distinto dueño, existían al tiempo de la enajenación, mas no a los servicios que podían existir en el predio dividido, respecto de los cuales la única regulación que trae el Código Civil es la del art. 945 que, como se ha visto, no es aplicable al caso, por tratarse de servidumbre discontinua.— Gaceta Judicial. Serie X, Nº 11, pág. 3484.

"La destrucción del edificio antiguo y la construcción del nuevo con la misma abra voladiza que permitía la servidumbre de aguas lluvias, no ha traído por consecuencia la extinción de tal servidumbre, pues no consta que el demandado haya dejado de gozarla veinte años, como exige, para que dicha extinción ocurra, el Nº 5º del art. 949 del referido Código". En consecuencia, el demandado "ha tenido derecho para restablecer la cubierta de su casa en la forma que tenía anteriormente a fin de continuar en el ejercicio de una servidumbre que la había adquirido por prescripción y con la tácita voluntad del dueño del predio sirviente".— Gaceta Judicial. Serie VIII, Nº 9.

CAPITULO XIV

DE LA REIVINDICACION

La protección del dominio se realiza mediante el ejercicio de acciones adecuadas. Con ellas el dueño puede recobrar la posesión de la cosa que le pertenece y mantener dicha posesión.

Las principales acciones que tienden a proteger el derecho de dominio son la reivindicatoria, la publiciana y las posesorias.

La acción reivindicatoria, por fundarse en el dominio actual, protege directamente este derecho. Las acciones publiciana y posesorias, por estar fundadas en la posesión, o sea en el dominio presunto o eventual, ejercen la protección dominical de modo indirecto.

Definición.— La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela (art. 953).

Requisitos.— Los requisitos esenciales para el ejercicio de la acción reivindicatoria son:

a) calidad de dueño del actor;

b) posesión actual del demandado; y,

c) cosa singular individualizada, raíz o mueble, derecho real, excepto el de herencia o cuota determinada, proindiviso, de una cosa singular (arts. 954, 955, 956).

Qué debe probar el reivindicador:

a)— Como la acción reivindicatoria se funda en el dominio actual, el reivindicador debe probar, en primer lugar, que es dueño de la cosa que reivindica.

En nuestro sistema legal, la única prueba plena del dominio es la prescripción. Los títulos no acreditan otra cosa que las causas de la adquisición; pero no son, por sí mismos, prueba acabada del dominio.

Ejemplo: El comprador-adquirente no sería dueño de la cosa comprada sino a condición de que hubiese tenido tal calidad el vendedor tradente. En caso contrario, el efecto de la tradición no es

otro que el de dar al adquirente, en los casos y del modo que las leyes señalan, el derecho de ganar por prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho (art. 718).

b)— El reivindicador debe probar también que el demandado está en posesión de la cosa, pues bajo este supuesto propone la acción reivindicatoria.

c)— El reivindicador debe demostrar que la cosa cuya posesión ha perdido y de la cual dice ser dueño, es la misma que se encuentra en posesión del demandado. Esta prueba exige la completa individualización de la cosa que se reivindica.

"Si la demarcación de las tierras que se pretende reivindicar, ha dicho la Corte Suprema, es vaga e imprecisa y, además, incompleta, vuelve inepta la demanda reivindicatoria, la cual debe referirse siempre a cosas singularizadas, de acuerdo con la definición del art. 953 del Código Civil, y porque el juez no sabría lo que manda restituir".

Situación del demandado.— En cuanto a la carga de la prueba, la situación del demandado es ventajosa.

El actor, según hemos dicho, debe probar que es dueño, que el demandado es poseedor y que la cosa de la cual dice ser dueño es la misma que se encuentra en poder del demandado. Estos son los supuestos que integran la estructura de la acción reivindicatoria.

De aquí se deduce que si el reivindicador no lograse producir prueba adecuada de estos tres hechos perdería el juicio propuesto "ya que no existe, normalmente, en el juicio civil dispositivo, otro medio de convicción que la prueba suministrada por las partes".

Si el actor no demuestra que es dueño de la cosa que reivindica, el poseedor demandado deberá ser considerado dueño, aunque nada haya demostrado, a este respecto, en el proceso.

Esto se debe al "subrogado de prueba" que constituye para él la presunción de dominio establecida en el art. 734 según la cual el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo. Y es sabido que cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a la ley.

Qué cosas pueden reivindicarse.— El parágrafo 1º del título de la reivindicación habla de las cosas que pueden reivindicarse.

Cosas muebles e inmuebles.— Son objeto de la acción reivindicatoria tanto las cosas muebles como las inmuebles (art. 954).

Cosas corporales e incorporales.— La reivindicación comprende tanto cosas corporales como incorporales (arts. 954, 955). Se exceptúa el derecho de herencia, el cual produce la acción de petición de herencia de que se trata en el Libro III (art. 955).

El principio de que las cosas han de estar bajo el poder de su dueño trae como consecuencia que, por regla general, todas las cosas son reivindicables. Sin embargo, hay casos en que es preciso proteger la confianza pública en el comercio y la buena fe de quienes, en ocasiones, son poseedores a título oneroso.

Según el art. 2230, el que pagó lo que no debía no puede perseguir la especie poseída por un tercero de buena fe, a título oneroso. A su vez, el art. 1533 dispone que si el que debe una cosa mueble a plazo o bajo condición la enajena, no tendrá derecho a reivindicarla contra terceros poseedores de buena fe. Y el art. 954 determina los requisitos sin los cuales no procede la reivindicación de cosas que han sido compradas en establecimientos comerciales o industriales.

¿Puede reivindicarse el derecho de anticresis?

El art. 955 del Código Civil dice que los otros derechos reales pueden reivindicarse como el dominio, excepto el derecho de herencia; y el art. 555 del Código Penal expresa que la anticresis es un derecho real.

Sin embargo se debe considerar que, si bien es cierto que la anticresis confiere al acreedor una especie de poder directo en la cosa, también lo es que por su origen y por su finalidad constituye un derecho de crédito que se caracteriza por el mecanismo peculiar ideado para que el acreedor se cobre periódicamente lo que el deudor le adeude; a lo cual se debe que el Código Civil, ley adecuada para resolver el caso, dispone en su art. 2364 que la anticresis no da al acreedor, por sí sola, ningún derecho real sobre la cosa entregada.

En el caso de la anticresis judicial o prenda pretoria, equiva-

lente a un embargo en que se pone la cosa bajo la administración del acreedor para que se pague con sus frutos, dicho acreedor es titular de un derecho real en la cosa, pero éste consiste en la hipoteca o la prenda que ha otorgado el deudor para asegurar el pago.

Por lo tanto, según el planteamiento acogido por el Código Civil ecuatoriano, igual al que mantienen los tratadistas italianos y buena parte de los franceses, la anticresis no confiere al anticresista ninguna facultad persecutoria, erga omnes, típica de la acción reivindicatoria.

Petición de herencia y reivindicación.— La acción de petición de herencia versa sobre la calidad de heredero. El que la ejerce pide que se le reconozca tal calidad y que, en consecuencia, se le adjudique la herencia y se le restituyan las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales, que otra persona ocupa dándose de tal heredero.

La reivindicación, en cambio, versa sobre la calidad de dueño y se encamina a la restitución de las cosas que demanda el actor pretendiendo tener derecho sobre ellas en cuanto dueño.

Por consiguiente, si la causa de pedir es la calidad de heredero, la acción que compete es la de petición de herencia. Si la causa de pedir es la calidad de dueño de un bien determinado, la acción es la reivindicatoria.

Según el art. 1313, el heredero podrá también hacer uso de la acción reivindicatoria sobre cosas hereditarias reivindicables que hayan pasado a terceros y no hayan sido prescritas por ellos.

Reivindicación de cuota.— Se puede reivindicar una cuota determinada, proindiviso, de una cosa singular (art. 956).

Según los principios jurídicos, la reivindicación de cuota procede, ya se refiera a un bien singular simple o a un bien singular integrante de una masa de bienes.

En todo caso, la cuota que se reivindica ha de ser debidamente determinada y el bien a que corresponde ha de estar singularizado porque en caso contrario el juez no podría ordenar la restitución.

Reivindicación de muebles comprados en establecimientos en que se vendan cosas de la misma especie.— El art. 954 luego de

decir que pueden reivindicarse las cosas corporales muebles, agrega que se exceptúan las cosas muebles cuyo poseedor las haya comprado en una feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas de la misma clase.

La expresión "exceptúanse" con que da comienzo al inc. 2º del art. 954 es impropia porque tales cosas muebles no quedan al margen de la acción reivindicatoria.

El sentido del inc. 2º del art. 954 se completa con el inc. 3º del mismo artículo: justificada esta circunstancia, (la referida en el inc. anterior) no estará el poseedor obligado a restituir la cosa, si no se le reembolsa lo que haya dado por ella y lo que haya gastado en repararla y mejorarla.

El contexto del art. 954 tiende a conciliar el interés del dueño reivindicador con la confianza pública indispensable para el desenvolvimiento del comercio.

Reivindicación de títulos de crédito.— Los títulos de crédito tienen la calidad jurídica de bienes muebles. Suelen distinguirse unos de otros por varias características, la más notable de las cuales consiste en la manera en que el título de crédito puede ser transferido.

Son títulos de crédito las letras de cambio, los pagarés, los bonos, las cédulas hipotecarias emitidas por los bancos, etc.

Según sea la manera de designar la persona del poseedor los títulos de crédito suelen denominarse nominativos, a la orden y al portador.

¿Son reivindicables los títulos de crédito?— La dificultad surge en relación con los títulos al portador en los cuales, al decir de Planiol, "la cualidad de acreedor corresponde al portador del título; el crédito se confunde con el escrito que lo prueba; queda transmitido al propio tiempo que aquél..."

En el derecho francés los títulos de crédito quedan sujetos a la máxima "la posesión vale como título", la cual, según explica Planiol, "tiene dos sentidos distintos: significa que todo poseedor de un mueble contra el cual ejercita la acción reivindicatoria el que pretende ser propietario del mismo, podrá invocar su posesión como presunción de propiedad. Y significa, sobre todo, que el adquirente de un mueble **a non domino** se convierte en propietario del mismo

basándose en su posesión, la cual le permite rechazar toda reivindicación ejercitada por el propietario anterior que voluntariamente se hubiera desposeído de la cosa".

Estos principios, habida cuenta de la buena o mala fe del poseedor, sirven en el derecho francés para decidir si prospera o no la acción reivindicatoria de títulos al portador.

Según Brugi, comentadobr del derecho italiano, "los títulos al portador son reivindicables tan sólo contra quien los halló o robó, y contra quienes los recibieron, por cualquier título, si conocían el vicio de la causa de la posesión, esto es, si eran de mala fe".

La Corte de Santiago resolvió, en un fallo del año 1907, que los títulos al portador, "si pueden identificarse son reivindicables. Se encuentran comprendidos entre las cosas singulares quc pueden serlo y no les afecta ninguna excepción legal relativa al derecho de sus propietarios para reclamarlos del injusto poseedor o detentador. No obsta a la identificación y reivindicación de bonos las circunstancias de que las leyes distinguen los documentos al portador de los instrumentos a la orden o nominativos, porque tal distinción tiene por objeto especial determinar la forma en que se transfiere o cede el bono o documento y no el propósito de modificar los preceptos legales relativos a las acciones y derechos del propietario de alguna de estas clases de bienes incorporales".

En la legislación ecuatoriana se encuentran varias disposiciones legales aplicables al punto en examen:

El art. 204 del Código de Comercio establece que la cesión o transmisión de derechos y de documentos se hará, si están a la orden del beneficiario, por el endoso y en la forma y con los efectos establecidos en este Código; si a favor, por la cesión notificada a la parte obligada, y si al portador, por la mera entrega del título respectivo.

El art. 184 de la Ley de Compañías contiene una norma de trascendencia notoria al decir que la propiedad de las acciones al portador se transfiere por la tradición del título y se prueba por la posesión del mismo.

Esto significa, en expresión de Bourjou, que "la prescripción no puede ser considerada... ya que respecto a esos bienes, la simple posesión produce el efecto de un título perfecto". O, tal vez, es

la aceptación de la contradictoria idea de la "prescripción instantánea" desarrollada en un sector del antiguo derecho francés.

El num. 5º del art. 206 de la Ley General de Bancos dispone que los bancos podrán emitir cédulas hipotecarias por un valor igual al de cada uno de sus préstamos de amortización gradual. Las cédulas hipotecarias son obligaciones del banco, al portador, y, **por consiguiente,** no reivindicables.

Según esta disposición, tales títulos tienen la calidad de no reivindicables por ser al portador.

Reivindicación de inmuebles inscritos.— En el sistema rígido de la posesión inscrita, vigente de modo absoluto hasta la reforma de 1956, se planteaba una cuestión de difícil explicación doctrinal: ¿Cómo podía entablar acción reivindicatoria el dueño que mantenía a su favor la inscripción relativa a la cosa que pretendía recuperar? Téngase en cuenta que, para que cesara la posesión inscrita era absolutamente preciso que la inscripción fuese cancelada, de tal modo que, subsistiendo ésta, el que se apoderaba de la cosa a la que se refería el título inscrito, no adquiría posesión de ella ni daba fin a la existente. ¿Cómo entonces podía reivindicar quien no había perdido la posesión por más que otro se hubiera apoderado de la cosa?

Después de la reforma de 1956, aunque subsiste en parte el sistema de la posesión inscrita, el apoderamiento de un inmueble que permanece inscrito a favor de otro confiere posesión, si bien no hace perder la anterior a causa de lo dispuesto en el art. 762. En tal caso subsisten dos posesiones simultáneas sobre la misma cosa.

En el sistema actual, que es el establecido por la reforma de 1956, se mantiene el problema conceptual puesto que, en orden a la reividicación, el dueño del inmueble inscrito puede afirmar que otro ha entrado en posesión del mismo, pero no puede sostener que él mismo haya dejado de poseer, debido a que mantiene su posesión mediante la inscripción.

Este problema atañe no sólo a la reivindicación, sino también a la acción posesoria de recuperación de la posesión; y, dada su trascendencia, los tratadistas lo han estudiado extensamente, conscientes de la necesidad jurídica de encontrarle una solución que concilie los principios en que descansa la posesión inscrita con la situación a que da lugar el apoderamiento material de los inmue-

bles inscritos. Pero las opiniones son discordantes y disímiles las soluciones propuestas.

Algunos autores han sugerido que el dueño a cuyo nombre se mantiene la inscripción de una cosa que, en el hecho, está bajo el poder de otra persona, no podría entablar acción reivindicatoria, sino la acción de precario, tal como si el detentador de la cosa no fuera poseedor, sino tenedor de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño (art. 2125).

Otros autores, teniendo en mientes principalmente las acciones posesorias, sostienen que los casos de despojo dan lugar a la querella de amparo, puesto que en ellos existe evidentemente molestia o atentado contra la posesión.

Las opiniones antes mencionadas eluden el verdadero alcance del problema y no se acomodan a la realidad de los hechos que le dan origen, por lo cual otros tratadistas y la jurisprudencia lo enfocan bajo distinto punto de vista.

"La solución, dice Pérez Guerrero, es la de que cuando se trata de acción reivindicatoria, y más aún cuando se trata de acciones posesorias, la posesión que vale, la posesión que se discute es simplemente la posesión material, la posesión real, tangible, que se traduce en hechos físicos del hombre, como plantar, sembrar, construir, disponer de la cosa como dueño, la "tenencia", en fin, que consta como elemento de la definición en el mismo Código Civil".

En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema en diversos fallos, anteriores y posteriores a la reforma de 1956; y sólo así puede explicarse que se hayan planteado y que se planteen juicios reivindictorios y posesorios de recuperación no obstante la vigencia total o parcial del sistema de la posesión inscrita.

Quién puede reivindicar

La acción reivindicatoria se funda en el dominio. Por consiguiente la podrá ejercer el dueño de una cosa singular que no esté en posesión de ella.

Puede reivindicar cualquier propietario.— La acción reivindicatoria o de dominio corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa (art. 957).

La acción del art. 958.— El art. 958 concede la misma acción, aunque no se pruebe dominio, al que ha perdido la posesión regular de la cosa, y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción. Pero no valdrá, ni contra el verdadero dueño, ni contra el que posea con igual o mejor derecho.

Esta acción no es, propiamente, reivindicatoria porque no se funda en el dominio.

El antecedente de dicha acción se encuentra en el derecho romano en el cual se la conoce como acción publiciana, llamada así por haber sido concedida por el pretor Publicio. La misma denominación ha sido acogida en la doctrina moderna.

Para conceder esta acción se consideraba en el derecho romano, ficticiamente, que la usucapión había sido cumplida, aunque en realidad estaba sólo comenzada. Según explica Brugi, para la acción publiciana de los romanos "bastaba la prueba de la posesión idónea para usucapir, para reclamar la cosa de cualquiera que la retuviese por título inferior".

En nuestro derecho, los supuestos de la acción publiciana son los siguientes:

a) Pérdida de la posesión regular de la cosa;

b) Que dicha posesión hubiese sido ininterrumpida, de tal modo que el poseedor regular se hallaba en el caso de prescribir;

c) Actual posesión irregular del demandado.

Contra quién se puede reivindicar

Actual poseedor.— El art. 959, en concordancia con el 953, dispone que la acción de dominio se dirige contra el actual poseedor.

El planteamiento elemental de la acción reivindicatoria presenta el siguiente cuadro: el dueño de una cosa cuya posesión ha perdido, demanda al actual poseedor la restitución de la misma cosa. En consecuencia, la prueba que aporta el actor versa sobre su calidad de dueño y sobre la calidad de poseedor del demandado. Dominio sin posesión en el reivindicador y posesión sin dominio en el demandado son los elementos sustanciales de la controversia.

Mero tenedor.— Puede suceder que la cosa se encuentre en manos de un mero tenedor. En este caso el reivindicador, para encauzar debidamente su acción, debe descubrir a nombre de quién tiene la cosa, puesto que sólo el poseedor es elemento pasivo personal del pleito.

La ley acude, para este propósito, en auxilio del reivindicador al disponer que el mero tenedor de la cosa que se reivindica está obligado a declarar el nombre y residencia de la persona a cuyo nombre la tiene.

Y si el reivindicador, engañado por quien aparenta ser poseedor dirige equivocadamente su acción, puede exigir del falso poseedor el pago de los perjuicios resultantes del juicio inútil que ha seguido. Dichos perjuicios pueden variar, según los casos, desde las costas del juicio hasta el valor de la cosa que no ha podido reivindicar a consecuencia del engaño sufrido.

Si alguno, de mala fe, se da por poseedor de la cosa que se reivindica, sin serlo, será condenado a la indemnización de todo perjuicio que de este engaño haya resultado al actor (art. 961).

Para no incurrir en el pago de todo perjuicio, el mero tenedor que ha sido demandado bajo la equivocada atribución de la calidad de poseedor, debe oponer la excepción de mera tenencia.

¿Qué clase de excepción es ésta? La Corte Suprema ha declarado que esta excepción "no excluye ni extingue perpetuamente la acción deducida por el demandante, sino que, sin extinguirla ni excluirla del todo, difiere, y no más, su ingreso en el juicio: esa excepción, pues, es dilatoria, no perentoria..."

Acción contra el que dejó de poseer.— Hay que distinguir si en el que dejó de poseer había buena o mala fe.

1.— **Poseedor de buena fe.**— Esta situación está sometida al art. 962, el cual dice: La acción de dominio tendrá también lugar contra el que enajenó la cosa, para la restitución de lo que haya recibido por ella, siempre que por haberla enajenado, se haya hecho imposible o difícil su persecución.

En este caso la acción procede, siempre que:

a)— La enajenación de la cosa efectuada por quien la poseía de buena fe, haya hecho imposible o difícil su persecución; y

b)— La enajenación haya enriquecido al ex-poseedor de buena fe, pues lo único que el reivindicador le puede demandar es la restitución de lo que haya recibido por la cosa. Si nada ha recibido, como cuando la enajenación es gratuita, nada se le puede exigir.

Sin embargo, la acción reivindicatoria no podría proponerse contra el poseedor de buena fe que dejase de poseer una cosa adquirida por él en una feria, tienda, almacén u otro establecimiento comercial, para pedirle la restitución de lo que recibió por ella; porque si no se le puede exigir la restitución de la cosa misma, sino con arreglo a lo dispuesto en el art. 954, tampoco se le podrá demandar el producto de la venta.

2º— **Poseedor de mala fe.**— Según el art. 964, contra el que poseía de mala fe, y por hecho o culpa suya ha dejado de poseer, podrá intentarse la acción de dominio, como si actualmente poseyese.

De cualquier modo que haya dejado de poseer, y aunque el reivindicador prefiera dirigirse contra el actual poseedor, respecto del tiempo que ha estado la cosa en su poder tendrá las obligaciones y derechos que según este Título corresponden a los poseedores de mala fe, por razón de frutos, deterioros y expensas.

Sobre esta disposición se observa:

a)— Si el poseedor de mala fe dejó de poseer por hecho o culpa suya, podrá intentarse cotra él la acción como si actualmente poseyese.

Esto significa que a dicho poseedor se le podrá demandar la restitución de la cosa misma, que deberá recuperar para devolverla al reivindicador. No se tiene en consideración que el poseedor de mala fe no haya recibido nada a consecuencia de la enajenación, y aun en el supuesto de que la cosa se hubiera destruido en su poder, se podría intentar contra él la misma acción.

b)— De cualquier modo que haya dejado de poseer, o si enajenó la cosa a sabiendas de que era ajena, queda sujeto a la indemnización de perjuicios, aun en el caso de que el reivindicador prefiera dirigirse contra el actual poseedor. El ex-poseedor de mala fe tendrá además las obligaciones y derechos que corresponden a los poseedores de mala fe por razón de frutos, deterioros y expensas.

c)— Las normas aplicables al poseedor de mala fe se aplican

al de buena fe que en el curso del juicio se ha puesto en la imposibilidad de restituir la cosa por su culpa.

d)— Si el ex-poseedor de mala fe paga el valor de la cosa y el reivindicador lo acepta, sucederá en los derechos del reivindicador, el cual, en este caso, no estará obligado al saneamiento.

Naturaleza de la acción entablada contra el que dejó de poseer.— La acción reivindicatoria es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para demandar la restitución de esta misma cosa; y se dirige ordinariamente contra el actual poseedor. Es, por lo tanto, una acción real, persecutoria de la cosa.

Ahora bien, la acción reivindicatoria que se dirige, en los casos permitidos por la ley, contra quien dejó de poseer, para demandarle no la restitución de la cosa misma, sino su equivalente, cambia de naturaleza y se convierte en acción personal.

Sin embargo, a fin de proteger más cumplidamente los derechos del dueño, la ley ha organizado la acción dirigida contra el exposeedor al modo de la acción reivindicatoria, de cuyo carácter participa sólo en sentido figurado.

Acción de dominio contra el heredero.— La acción de dominio no se dirige contra un heredero sino por la parte que posea en la cosa. Pero las prestaciones a que estaba obligado el poseedor, por razón de los frutos o de los deterioros que le eran imputables, pasan a los herederos de éste, a prorrata de sus cuotas hereditarias (art. 963).

Este artículo se aplica:

a)— al ejercicio de la acción real de dominio contra el heredero. Esta acción no puede tener otro objeto que la parte que el heredero posea en la cosa, ya que sólo en dicha parte tiene la calidad de poseedor; y,

b)— Al ejercicio de la acción personal contra los herederos del poseedor por las prestaciones personales a que éste estaba obligado en razón de frutos y deterioros.

A cada heredero se le puede exigir solamente el pago de dichas prestaciones en proporción de lo que hereda, de conformidad con el principio general según el cual las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas. Así, el heredero

del tercio no esá obligado a pagar sino el tercio de las deudas hereditarias. Pero el heredero beneficiario no está obligado al pago de ninguna cuota de las deudas hereditarias sino hasta el valor de lo que hereda (art. 1397).

Sin embargo, si expresamente se ha estipulado con el difunto que el pago no pueda hacerse por partes, ni aun por los herederos del deudor, cada uno de éstos podrá ser obligado a entenderse con sus coherederos para pagar el total de la deuda, o pagarla él mismo, salva su acción de saneamiento (art. 1569, num. 4º).

Providencias destinadas a dar seguridad a la cosa que se reivindica.— Para salvaguardar los derechos del reivindicador se han establecido en el Código determinadas providencias preventivas, mediante las cuales se impide que la cosa se dañe o se pierda en manos del poseedor.

El actor puede solicitar dichas providencias, previa la respectiva información sumaria, antes de presentar la demanda y en cualquier estado del juicio.

Las providencias preventivas pertinentes dependen de la naturaleza mueble o inmueble de la cosa que se reivindica. (

Cosas muebles.— Si reivindicándose una cosa corporal mueble, hubiere motivo de temer que se pierda o deteriore en manos del poseedor, podrá el actor pedir el secuestro; y el poseedor estará obligado a consentir en él, o a dar seguridad suficiente de restitución, para el caso de ser condenado a restituir (art. 965).

Cosas inmuebles.— Si se demanda el dominio u otro derecho real constituido sobre un inmueble, el poseedor seguirá gozando de él, hasta la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada. Pero el actor tendrá derecho a solicitar las providencias necesarias para evitar todo deterioro de la cosa y de los inmuebles y semovientes anexos a ella, comprendidos en la reivindicación, si hubiere justo motivo de temerlo, o las facultades del demandado no ofrecieren suficiente garantía (art. 966).

Las providencias a que se refiere este artículo podrían ser el inventario y el secuestro.

El inventario sirve para dejar constancia del verdadero estado de la cosa; y debe ser formado por peritos nombrados por el juez.

El secuestro de bienes raíces se inscribirá en el registro del cantón a que éstos pertenezcan; y mientras subsista la inscripción no podrá inscribirse ninguna enajenación o gravamen, excepto la venta en remate forzoso, sin perjuicio de los derechos de terceros (art. 991 del Código de Procedimiento Civil).

El secuestre de un inmueble tiene, relativamente a su administración, las facultades y deberes de mandatario, y deberá dar cuenta de sus actos al futuro adjudicatario (art. 2187).

Embargo de lo que se deba al poseedor que enajenó la cosa.— El art. 967 dispone que la acción reivindicatoria se extiende al embargo, en manos de tercero, de lo que por éste se deba como precio o permuta al poseedor que enajenó la cosa.

Se trata propiamente de una providencia preventiva que pide el reivindicador para asegurarse el pago cuando, en lugar de la cosa misma, persigue el precio de la enajenación.

El embargo de un crédito se hará notificando al tercero deudor del demandado.

Prestaciones mutuas

La culminación del juicio reivindicatorio produce importantes consecuencias, tanto para el actor como para el demandado, en el supuesto de que éste sea vencido por aquél.

El parágrafo 4º del título de la reivindicación comprende, bajo el acertado epígrafe de prestaciones mutuas, todas las obligaciones y derechos recíprocos que se derivan de la acción reivindicatoria.

1º— **Restitución de la cosa.—** Si es vencido el poseedor, restituirá la cosa en el plazo que el juez señalare (art. 968).

La obligación de restituir alcanza tanto al poseedor de buena como de mala fe. Es la consecuencia más importante que se deriva del juicio reivindicatorio.

No podrá el juez, dice el art. 1537, sino en casos especiales, señalar plazo para el cumplimiento de una obligación.

Por consiguiente, el juicio reivindicatorio constituye un caso especial en que el juez puede señalar plazo para que el poseedor vencido cumpla la obligación de restituir la cosa reivindicada.

Cosas comprendidas en la restitución.— En la restitución de una heredad se comprenden las cosas que forman parte de ella, o que se reputan como inmuebles por su conexión con ellas, según lo dicho en el Título De las varias clases de bienes. Las otras no serán comprendidas en la restitución, si no lo hubieren sido en la demanda y sentencia; pero podrán reivindicarse separadamente.

En la restitución de un edificio se comprende la de sus llaves.

En la restitución de toda cosa se comprende la de los títulos que conciernen a ella, si se hallan en manos del poseedor (art. 969).

2º— **Obligaciones del poseedor relacionadas con los deterioros de la cosa.**— Hay que distinguir, a este respecto, entre el poseedor de mala fe y el poseedor de buena fe:

a)— El poseedor de mala fe es responsable de los deterioros que por su hecho o culpa ha sufrido la cosa (art. 970).

b)— El poseedor de buena fe, mientras permanece en ella, no es responsable de estos deterioros, sino en cuanto se hubiere aprovechado de ello; por ejemplo, destruyendo un bosque o arbolado, y vendiendo la madera o la leña, o empleándola en beneficio suyo (art. 970).

3º— **Obligaciones del poseedor relacionadas con los frutos de la cosa.**— Hay que atender igualmente a la buena o mala fe del poseedor vencido.

a)— El poseedor de mala fe está obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder.

Si no existen los frutos, deberá el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción. Se considerarán como no existentes los que se hayan deteriorado en su poder.

En toda restitución de frutos se abonará al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos (art. 971).

b)— El poseedor de buena fe no está obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la citación con la demanda (art. 971).

La citación con la demanda produce el efecto de constituir al demandado en poseedor de mala fe. Por consiguiente, en cuanto a

los frutos percibidos después de la citación con la demanda, se le aplican las reglas concernientes al poseedor de mala fe.

El poseedor de buena fe, en virtud de la disposición contenida en el inc. 3º del art. 971, adquiere el dominio de los frutos y no debe restituirlos al reivindicador.

Este es un caso de adquisición ex lege, puesto que, según los principios generales, tanto los frutos naturales como los civiles pertenecen al dueño de la cosa de que provienen (arts. 681, 683).

4º— **Pago de los gastos de custodia y conservación.**— El poseedor de mala fe está obligado a reembolsar al actor los gastos de custodia y conservación de la cosa secuestrada (art. 968).

5º— **Obligaciones del reivindicador:**

a)— Gastos de custodia y conservación.

Si la cosa hubiere sido secuestrada, pagará el actor al secuestre los gastos de custodia y conservación (art. 968).

b)— **Expensas necesarias.**— El reivindicador debe pagar, tanto al poseedor de buena como de mala fe, las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa, según las reglas del art. 972.

c)— **Mejoras útiles.**— El reivindicador debe pagar las expensas útiles, solamente al poseedor de buena fe.

Sólo se entenderá por mejoras útiles, las que hayan aumentado el valor venal de la cosa.

En virtud de la opción concedida en el inc. 3º del art. 973 el reivindicador elegirá entre el pago de lo que valgan al tiempo de la restitución las obras en que consistan las mejoras, o el pago de lo que en virtud de dichas mejoras, valga más la cosa en dicho tiempo.

El poseedor de mala fe no tendrá derecho a que se le abonen las mejoras útiles, pero podrá llevarse los materiales de dichas mejoras, siempre que pueda separarlos sin detrimento de la cosa reivindicada, y que el propietario rehuse pagarle el precio de lo que tendrían dichos materiales después de separados (art. 974).

d)— **Mejoras voluptuarias.**— En cuanto a las mejoras voluptuarias, el propietario no estará obligado a pagarlas al poseedor de

mala ni de buena fe. Pero, en tal caso, el poseedor de buena o de mala fe que ha hecho las mejoras voluptuarias, tendrá derecho a llevarse los materiales de dichas mejoras, siempre que pueda separarlos sin detrimento de la cosa, y que el reivindicador rehuse pagarle el precio de dichos materiales.

Se entiende por mejoras voluptuarias las que sólo consisten en objetos de lujo y recreo, como jardines, miradores, fuentes, cascadas artificiales y generalmente las que no aumentan el valor venal de la cosa en el mercado común o sólo lo aumentan en una proporción insignificante (art. 975).

Regla aplicable a la separación de los materiales.— Para efectos de la separación de los materiales, en los casos de los arts. 974 y 975, es preciso establecer si dicha separación va o no en detrimento de la cosa.

Para este propósito sirve la regla del art. 976, según la cual, se entenderá que la separación de los materiales es en detrimento de la cosa, cuando hubiere de dejarla en peor estado que antes de hacerse las mejoras; salvo en cuanto el poseedor vencido pudiere reponerla inmediatamente a su estado anterior, y se allanare a ello.

Tiempo en que se considera de buena fe.— La buena o mala fe del poseedor se refiere, relativamente a los frutos, al tiempo de la percepción, y relativamente a las expensas y mejoras, al tiempo en que fueron hechas (art. 977).

Para establecer la buena o la mala fe del poseedor vencido sirve también, como elemento necesario, la citación de la demanda, puesto que uno de los efectos de la citación consiste en constituir al demandado en poseedor de mala fe, e impedir que haga suyos los frutos de la cosa que se le demanda (art. 99, num. 4º del Código de Procedimiento Civil).

Prueba de la buena o mala fe.— Dice Laurent que "según los principios generales de la prueba, al poseedor correspondería probar su buena fe. En efecto, el propietario actor no debe probar más que su derecho de propiedad. Si se reconoce ese derecho, por esto mismo le pertenecen los frutos, en virtud de la regla general... El poseedor que reclama los frutos se convierte en actor por este capítulo y, conforme al rigor de los principios, debería probar el fun-

damento de su demanda, es decir, su buena fe. No obstante, se acepta que el poseedor no debe probar su buena fe, porque según el art. . . . la buena fe se presume siempre, y al que alega la mala fe incumbe probarla".

Las consideraciones de Laurent, fundadas en el derecho francés, valen también para el nuestro, puesto que ha acogido similares principios sobre esta materia. El art. 741 establece que la buena fe se presume, excepto en los casos en que la Ley establece la presunción contraria. En todos los demás la mala fe deberá probarse.

Derecho de retención en favor del poseedor vencido.— Las prestaciones mutuas exigen la práctica de liquidaciones encaminadas a la determinación del alcance económico de las obligaciones y derechos recíprocos del reivindicador y del poseedor vencido.

Cuando el poseedor vencido tuviere un saldo que reclamar en razón de expensas y mejoras, podrá retener la cosa hasta que se verifique el pago, o se le asegure a su satisfacción (art. 978).

Este derecho de retención puede ser ejercido tanto por el poseedor de buena como de mala fe.

Injusto detentador de la cosa.— El art. 979 dispone que las reglas de este Título se aplicarán contra el que, poseyendo a nombre ajeno, retenga indebidamente una cosa raíz o mueble, aunque lo haga sin ánimo de señor.

¿Qué alcance tiene esta disposición?— Es sabido que la posesión es a nombre propio y la tenencia a nombre ajeno.

No cabe poseer a nombre ajeno porque no hay posesión en quien reconoce dominio ajeno. Es un contrasentido alegar posesión y reconocer al mismo tiempo dominio de otro.

El que tiene sin ánimo de señor y reconoce dominio ajeno no es poseedor, sino mero tenedor de la cosa.

Por consiguiente, el art. 979 no puede referirse sino a ciertos casos de tenencia indebida, a los que no alcanza la acción reivindicatoria.

Puede ocurrir que meros tenedores de una cosa, como el acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el habitador, el comodatario, etc., retengan indebidamente la cosa a pesar de que reconozcan dominio ajeno.

En estos casos, como no hay pérdida de posesión por la una parte, ni adquisición por la otra, no sería procedente que el dueño tratase de recuperar la cosa de manos del mero tenedor, que está en mora de restituir, mediante la acción reivindicatoria. En estos casos, por consiguiente, son inaplicables las reglas de la reivindicación.

Pero bien puede aplicarse a tales casos las reglas relativas a las prestaciones mutuas, con el fin de determinar el alcance económico de los derechos y obligaciones recíprocos del dueño y del mero tenedor, tocante a frutos, deterioros y expensas ocasionados durante la mora de entregar.

A esto se refiere el art. 979 cuya redacción se explica al considerar que las reglas sobre prestaciones mutuas están ubicadas en el Título de la reivindicación.

Quito, diciembre 11 de 1978.

".....4º) La acción reivindicatoria, conforme al art. 946 del Código Civil, es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela. De esta definición se deducen los elementos que el actor, negados los fundamentos de la demanda, estaba obligado a demostrar legalmente, o sean: su calidad de dueño de la cosa singular, el hecho de no estar en posesión de ella y que los demandados la tienen en la actualidad. 5º) Con el testamento debidamente inscrito se ha acreditado que Mariana de Jesús Merizalde instituyó heredero universal al Eminentísimo Presidente del Consejo Gubernativo de los Bienes Arquidiocesanos; pero no se ha demostrado que la testadora hubiese sido realmente dueña de dichos terrenos por justo título. 6º) Con las declaraciones de tres testigos se ha querido comprobar que M. J. T. fue aparcera de Mariana de Jesús Merizalde en los terrenos mencionados en la demanda; mas, aparte de que la existencia del contrato de aparcería no bastaría para evidenciar el dominio de Mariana de Jesús Merizalde, la referida prueba carece de valor porque uno solo de los testigos manifiesta conocer los terrenos y sus linderos, sin que por lo mismo, se hallen unos y otros debidamente identificados. Lo mismo puede decirse del certificado de inscripción constante a fojas una, que tampoco enuncia linderos que sirvan para la individualización de los predios materia de la reivindicación, individualización que no puede hacerse con sólo los nombres de aquellos".

Los títulos contrapuestos presentados por las partes, dejan sin probarse la identidad del terreno disputado. Por esta falta, el actor no cumple

con el deber de justificar el dominio alegado sobre el terreno. Por tanto, no hay lugar a la demanda.— Gaceta Judicial. Serie III, Nº 111.

"La acción de dominio puede proponerse ora respecto de una cosa singular, de un cuerpo cierto perfectamente determinado por sus señales o linderos, de manera que ni en todo ni en parte pueda confundirse con ningún otro objeto, ora respecto de una cuota determinada de una cosa singular; acciones diferentes la una y la otra, por ser también diferentes los objetos a que se refieren, el fin que cada una persigue".— Gaceta Judicial. Serie V, Nº 140.

"La reivindicación, según el art. 880 (953) del Código Civil, es una acción por virtud de la cual el dueño de una cosa singular puede dirigirse contra cualquier poseedor de la misma, para que se la restituya. Por tanto, quien la ejercita debe probar que es dueño y propietario de ella, esto es, su dominio, presentando el justo título de éste; y señalar, definir, identificar la cosa que reclama o trata de reivindicar".— Gaceta Judicial. Serie VI, Nº 13.

"En el ejercicio de la acción reivindicatoria, el actor debe individualizar en la demanda la cosa reivindicada de manera de distinguirla de otras de la misma especie". En la demanda reivindicatoria de un automóvil, "la indicación de la marca es insuficiente para este objeto, puesto que existen otros automóviles de la misma marca, como tampoco lo es la determinación del número de la matrícula, desde que ésta es una formalidad administrativa que puede variar en cualquier momento, sin que por lo mismo pueda considerársela como rasgo característico e individualizador del automóvil matriculado. Tampoco es la individualización que la ley exige el hecho externo de la posesión de la persona contra quien se dirige la demanda reivindicatoria, pues la individualización debe referirse a la cosa considerada en sí misma con independencia de la posesión, precisamente para determinar si la posesión se refiere a la misma cosa reivindicada".— Gaceta Judicial. Serie VI, Nº 15.

Para que el asignatario de una cosa pueda ejercer la acción reivindicatoria, es requisito indispensable, según el art. 880 (953) del Código Civil, que aquella esté de tal modo determinada, que no haya duda acerca de su singularidad. Por consiguiente, carece del derecho de entablar esa acción el asignatario de una cosa proindiviso mientras no se determine en la respectiva partición, la parte que le corresponde.— Gaceta Judicial. Serie I, Nº 124.

Si la cosa raíz que se reivindica no tiene una denominación especial que la distingue de las que le están contiguas, debe el actor probar, además de su dominio, la identidad de ella; y, en falta de esa prueba, la acción es inadmisible.— Gaceta Judicial. Serie I, Nº 132.

Si la demarcación de las tierras que se pretende reivindicar es vaga e imprecisa y, además, incompleta, vuelve inepta la demanda reivindicatoria, la cual debe referirse siempre a cosas singularizadas, de acuerdo con la definición del art. 880 (953) del Código Civil y porque el juez no sabría lo que manda restituir.— Gaceta Judicial. Serie V, Nº 89.

Apareciendo vagos y deficientes los linderos de las tierras reivindicadas, esos defectos vuelven inepta la demanda reivindicatoria, que se debe referir siempre a cosas singularizadas, de acuerdo con la definición del art. 880 (953) del Código Civil; porque, de lo contrario, el juez que la aceptase no podría legalmente ordenar la restitución de la cosa al reivindicador.— Gaceta Judicial. Serie V, Nº 89.

"La acción reivindicatoria se origina del derecho de dominio, y da ocasión a un proceso en que se discute la calidad de dueño. Tiene por objeto una cosa singular, esto es, individualizada, determinada y cierta. Tres requisitos, por lo tanto, se requieren para su ejercicio: dominio por parte del demandante, posesión de parte del demandado, y cosa singular individualizada o derecho real, o cuota determinada de cosa singular.— Gaceta Judicial. Serie VIII, Nº 5.

Siendo indispensable para la procedencia de la acción reivindicatoria la comprobación del dominio mediante título, y no teniendo el carácter de tal, por carecer de valor legal, la sentencia expedida en ejercicio de jurisdicción voluntaria para declarar la prescripción de dominio en favor del solicitante, la demanda es inadmisible, sin que para cambiar este resultado pueda influir la prueba testimonial presentada por el actor en el curso del juicio para justificar la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio en el fundo, porque esta prueba es ineficaz para juicios como el reivindicatorio.— Gaceta Judicial. Serie VIII, Nº 8.

Propuesta la demanda de reivindicación y determinados los linderos que comprenden la cabida señalada, la acción es procedente, según las reglas de los arts. 880 y 884 (953 y 957) del Código Civil.— Gaceta Judicial. Serie V, Nº 68.

La acción reivindicatoria no "procede relativamente a los bienes hereditarios indivisos sino mediante demanda de todos los herederos de consuno, puesto que el dominio de todos los bienes hereditarios indivisos y de cada uno de ellos, corresponde en conjunto a todos los herederos, sin que ninguno de ellos en particular sea dueño de ningún bien determinado, en todo o en parte, mientras no se verifique la adjudicación a cada uno de los herederos, de los bienes que en la partición le hubiesen cabido...".— Gaceta Judicial. Serie VII, Nº 15.

Si los títulos de dominio dejan duda acerca de la identidad de la cosa

que se pretende reivindicar, es inaceptable la demanda.— Gaceta Judicial. Serie III, Nº 99.

Para justificar la acción reivindicatoria de bienes raíces deben presentarse títulos de dominio; y, en consecuencia, dada la naturaleza de esa acción es inadmisible toda otra prueba.— Gaceta Judicial. Serie III, Nº 96.

Acordada por los interesados la venta, en remate, de un predio como cuerpo cierto, sin consideración a la cabida, el hecho de que en el acta del remate se haya determinado linderos que no comprenden todo el predio vendido, no da derecho para reivindicar la parte del predio que no está dentro de esos linderos: 1º) Porque esa determinación es posterior al remate; y 2º) Porque conocida la intervención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal del contrato, art. 1559 (1603) del Código Civil.— Gaceta Judicial. Serie III, Nº 140.

Es procedente la acción reivindicatoria de la totalidad de un predio, como comprendido entre las cosas hereditarias de acuerdo con la facultad que confiere el art. 1258 (1316) del Código Civil.— Gaceta Judicial Serie V, Nº 28.

"La mera asignación de cuotas, iguales o desiguales, en un inmueble, no es un acto de partición, sino, cuando más, una base para ella; y es ésta la razón del derecho concedido por el art. 883 (956) del Código Civil, para reivindicar una cuota determinada, proindiviso, de una cosa singular, igualmente que del estado de indivisión de los bienes hereditarios mientras no se proceda a la partición de ellos, sin embargo de estar determinadas de antemano por la ley las cuotas de los coasignatarios".— Gaceta Judicial. Serie III, Nº 129.

Cada comunero no puede reivindicar sino la cuota proindiviso que le pertenece en la cosa común, según se deduce del tenor de los arts. 880 a 885 (953 a 958) del Código Civil; pues mientras no se le adjudique en la partición el todo o parte de la cosa, no tiene dominio exclusivo en ella.— Gaceta Judicial. Serie I, Nº 125.

1º) Vendido por el cónyuge sobreviviente un inmueble de la sociedad, aunque haya obtenido licencia judicial por los derechos de los herederos menores, puede reivindicar su cuota la coheredera menor cuyo marido no ha consentido expresamente en la enajenación. 2º) No obsta al ejercicio de este derecho el que el comprador se halle en posesión regular del inmueble, no habiendo transcurrido el tiempo necesario para la prescripción.— Gaceta Judicial. Serie II, Nº 11.

"....el coheredero puede reivindicar una cuota determinada en las cosas singulares de que se compone la herencia"... de acuerdo con los

arts. 880 y 883 (953 y 956) del Código Civil.— Gaceta Judicial. Serie V, Nº 151.

De lo dispuesto en el art. 883 (956) del Código Civil "...no se sigue que el condominio da derecho para reivindicar una parte o cuota señalada de la cosa común, cual si ya se hubiere radicado el dominio en dicha parte o cuota, mediante un acto de partición. En el estado de indivisión, si el juez, por lo dispuesto en el art. 883 (953), puede declarar el condominio del demandante, no debe reconocer el dominio absoluto sobre una parte delimitada de la cosa acerca de la que existe comunidad".— Gaceta Judicial. Serie III, Nº 147.

"Si bien, se puede legalmente reivindicar una cuota determinada de una cosa singular conforme al art. 883 (956) del Código Civil, para que tal acción sea procedente, es preciso que el reivindicador tenga el condominio de aquella cosa...".— Gaceta Judicial. Serie VII, Nº 15.

Juicio Daniel Sarango contra Valentín Aymar
Quito, a 13 de mayo de 1959.

"VISTOS: Daniel Sarango, fundado en la hijuela divisoria inscrita... demanda ordinariamente a Valentín Aymar la restitución de la finca llamada Yundama o Jorupe, con indicación de sus linderos... Valentín Aymar... contesta la demanda propuesta en su contra afirmando que el terreno Yundama lo adquirió en pública subasta... mediante auto de adjudicación, debidamente inscrito y reproduce los linderos de tal inmueble... Para resolver la causa en tercera instancia, se considera:... 4º La posesión de ambos litigantes es falsa en cuanto al dominio exclusivo que cada uno de ellos se atribuye sobre la totalidad del inmueble en referencia, porque ni el demandado pudo adquirir, a título de remate, más derechos que los que la vendedora tenía en el predio atento lo dispuesto en el art. 715 (717) del Código Civil; ni el demandante ganó nada fuera de lo que ya tenía adquirido, al celebrar partición con una persona que había vendido ya todo su haber hereditario, pues la verdad es que siendo el predio Yundama el único bien de la sucesión de los causantes, las tres cuartas partes de él pertecen al demandado y la otra cuarta parte al demandante, por los derechos que cada uno de ellos representa. 5º) Según el art. 954 (956) del Código Civil, se puede reivindicar una cuota determinada, proindiviso, de una cosa singular; y por tanto es admisible la demanda, no en la integridad del predio que reclama, pero sí en la parte que legítimamente le corresponde, porque no sería justo desestimar su derecho sólo por haber exigido más de lo que el título le da, ni sería equitativo, por otra parte, que el demandado retenga en su poder más de lo que pudo adquirir de su vendedora, a título de compra. Por lo expuesto... se declara con lugar la demanda, limitándola a la cuota indivisa que le corresponde al actor en el fundo denominado Yundama o Jorupe...".— Gaceta Judicial. Serie IX, Nº 5.

En la acción reivindicatoria propuesta por el donatario para la entrega de la cosa donada, el actor debe justificar también el dominio que tuvo el donante, cuando no consta el derecho de éste.— Gaceta Judicial. Serie II, Nº 39.

La excepción de que habla el inciso final del art. 2500 (2442) del Código Civil, se refiere sólo al caso especial de la acción de dominio que se trata de reivindicar.— Gaceta Judicial. Serie II, Nº 93.

"Dada la naturaleza de la acción reivindicatoria o de dominio, para que sea admisible, debe el demandante comprobar el fundamento alegado de la propiedad exclusiva, plena y absoluta del inmueble . . . así como la cabida y la linderación que identifiquen la raíz; y que el demandado es actual poseedor, conforme prescriben los arts. 880, 884 y 886 (953, 957 y 959) del Código Civil".— Gaceta Judicial. Serie VI Nº 2.

Juicio Emiliano Uriña Quiñónez contra Sara Wagner de Vivas
Quito, enero 2 de 1959.

" . . . 1º) Por los términos en que está concebida la demanda y la cita hecha de las disposiciones legales en que se funda la acción propuesta si reinvindicatoria, no tiene por objeto recuperar la posesión de quien la hubiere perdido en calidad de dueño, sino la que como mero poseedor ejercía Emiliano Uriña Quiñónez en el terreno a que se refiere dicha demanda. 2º) Trátase, pues de la acción prevista en el art. 956 del Código Civil, concedida en beneficio del que ha perdido la posesión regular de un inmueble y se hallaba en el caso de poderlo ganar por prescripción, que imponía, en consecuencia, al demandante la obligación de probar esta posesión regular que, según el art. 734 (744) del citado Código, es aquella que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe. 3º) La prueba de la posesión material o sea de los hechos que enumera en vía de ejemplo el art. 987 (989) del mismo Código es admisible por medio de testigos . . . 4º) Pero cualquiera que fuere el tiempo que duró la posesión de Emiliano Quiñónez, era indispensable que ésta se halle apoyada en un título que demuestre la buena fe de la adquisición hecha y la legitimidad de los actos posesorios ejercidos para que gozare del beneficio de recuperar el inmueble perdido que iba a ganarlo mediante la prescripción ordinaria".— Gaceta Judicial. Serie IV Nº 4.

Quito, a 7 de octubre de 1963.— VISTOS: " . . . 4º) El art. 100 del Código de Procedimiento Civil divide y define las excepciones del modo que sigue: Las excepciones son dilatorias y perentorias. Son dilatorias las que tienden a suspender o retardar el curso del litigio; y perentorias los que extinguen en todo o parte la acción a que se refiere la demanda. Aplicando esta definición al presente caso, que es obligatorio aplicarla en cumplimiento de lo que dispone el num. 2º del art. 18 del Código Civil, es indudable que la excepción de mera tenencia es dilatoria, porque no extingue la acción ni en todo ni en parte, sino que tiende únicamente a suspender o demorar el curso del litigio.— Gaceta Judicial. Serie X. Nº 3.

1º) Desde que se ejecutoría la sentencia que acepta la reinvindicación de un inmueble, sus efectos se retrotraen a la época de la demanda. 2º) En consecuencia, son nulos y de ningún valor los gravámenes hipotecarios constituídos sobre el inmueble con posterioridad a la fecha de esa demanda, atenta la prohibición del art. 2400 y del art. 9 (2344 y 9) del Código Civil. 3º) El reinvindicador tiene derecho a reclamar el inmueble sin esos gravámenes. 4º) Asimismo tiene derecho para deducir tercería excluyente de dominio, por el expresado inmueble, en el juicio que se siguiera para el pago de la hipoteca.— Gaceta Judicial. Serie III. Nº 120.

Al demandar el actor el pago de frutos del inmueble que reinvindica, agregando que los frutos deben ser calculados de acuerdo con los incisos primero y segundo del art. 898 (971) del Código Civil, por el hecho de esta referencia, el actor afirma que al demandado debe considerársele como poseedor de mala fe. La reclamación hecha en esta forma, comprende todos los frutos percibidos por el demandado, antes y después de la demanda.— Gaceta Judicial. Serie IV, Nº 134.

En las prestaciones mutuas, por la nulidad de un contrato, no se deben legalmente perjuicios, sino frutos, como lo prescribe el art. 1677 (1731). Siendo absolutamente nulo el contrato, no se debe pagar cosa alguna como frutos civiles de la cosa, cuando no han sido reclamados en la demanda.— Hay derecho a retener la cosa hasta cuando se pague el valor de las expensas necesarias o se rinda fianza a satisfacción, porque es aplicable, a este caso lo prescrito en el art. 905 (978) del Código Civil.— Gaceta Judicial. Serie IV. Nº 82.

La acción reivindicatoria, conforme al art. 951 (953) del Código Civil, es la que tiene el dueño de una cosa singular de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela. De esta definición se deducen los elementos que el actor, negados los fundamentos de la demanda, estaba obligado a demostrar legalmente, o sea: su calidad de dueño de la cosa singular, el hecho de no estar en posesión de ella y que los demandados la tienen en la actualidad.— Gaceta Judicial. Serie IX, Nº 3.

1º.— Por los términos en que está concebida la demanda y la cita hecha de las disposiciones legales en que se funda la acción propuesta, si reinvindicatoria, no tiene por objeto recuperar la posesión de quien la hubiera perdido en calidad de dueño, sino la que como mero poseedor ejercía... en el terreno a que se refiere dicha demanda. 2º) Trátase, pues, de la acción prevista en el art. 956 (958) del Código Civil concebida en beneficio del que ha perdido la posesión regular de un inmueble y se hallaba en el caso de poderlo ganar por prescripción, que imponía, en consecuencia al demandante, la obligación de probar esta posesión regular que, según el art. 734 (736) del citado Código, es aquella que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe. 3º) La prueba de la posesión material, o sea de los hechos que

enumera en vía de ejemplo el art. 987 (989) del mismo Código, es admisible por medio de testigos . . .— Gaceta Judicial. Serie IX, Nº 4.

Según el art. 954 (956) del Código Civil, se puede reinvindicar una cuota determinada, proindiviso, de una cosa singular; y por tanto es admisible la demanda de . . . , no en la integridad del predio que reclama, pero sí en la parte que legítimamente le corresponde, porque no sería justo desestimar su derecho sólo por haber exigido más de lo que el título le da, ni sería equitativo, por otra parte, que el demandado retenga en su poder más de lo que pudo adquirir de su vendedora, a título de compra.— Gaceta Judicial. Serie IX, Nº 5.

Es constante según el art. 905 (978) del Código Civil, que el derecho de retención no se concede sino a los poseedores, y el arrendamiento no lo es".— Gaceta Judicial. Serie II, Nº 135.

"Siendo absolutamente nulo el expresado contrato de promesa de venta, ni el actor ni el demandado pueden ser considerados como tenedores de buena fe respecto de los objetos que respectivamente los recibieron, ya que tratándose de la simple tenencia de una cosa son aplicables, según el art. 906 (979) del Código Civil las reglas del título XII (título XIII), libro 2º del mismo Código".— Gaceta Judicial. Serie IV, Nº 82.

Quito, 16 de noviembre de 1970.— Vistos: . . . promueven juicio de reinvindicación de un bien raíz contra . . . Se observa . . . Cuarto: Si bien es de cargo del actor la prueba del dominio sobre la cosa que pretende reinvindicar, en el presente juicio, como se ha visto en las únicas excepciones opuestas, no han discutido los demandados el dominio alegado . . . ni expresa ni tácitamente; al contrario al fundamentar aquellos su reconvención en el inc. 2º del art. 709 del Código Civil, están reconociendo tal calidad por parte de los reclamantes, reconocimiento que se desprende igualmente de las excepciones con que tratan de defender su "posición". Idéntica cosa ocurre con la posesión por parte de los demandados sobre la cosa a que este juicio se refiere; tanto más que, en este caso, la excepción de prescripción adquisitiva opuesta por los demandados, es justamente el reconocimiento de estar y haber estado en posesión de dicho bien. Quito: Toca a esta Sala resolver sólo acerca de la excepción perentoria de prescripción adquisitiva de dominio. Esta fue defectuosamente opuesta. No se indica si se trata de la prescripción ordinaria o de la extraordinaria; y esta determinación era importante en todo aspecto, inclusive para efectos de la prueba que necesariamente es distinta según se trate de la una o de la otra. Ni siquiera se precisa la fecha o la época en que empezó su posesión, ni el número de años que pretenden haber tenido la cosa en su poder. De todos modos, no existen los elementos de ninguno de los dos tipos de prescripción. No de la ordinaria, porque a ésta tiene acceso sólo el poseedor regular; y los demandados no aparecen serlo. En efecto, ningún título, justo o no, han hecho valer para la detentación del inmueble cuya devolución les ha sido requerida; y si algu-

no aparece del proceso es hasta determinada fecha y para uno solo de los demandados, es el de arrendatario, o sea título de mera tenencia que no sólo es distinto sino antagónico de posesión. Consiguientemente, tampoco su tenecia de la cosa es de buena fe; al contrario, es uno de los pocos casos en que se presume la mala fe (numeral 4º del art. 2526 del Código Civil), como excepción de la regla general del art. 745. Sexto: Y de admitirse que los demandados fueronn poseedores irregulares, por cierto, desde que terminó la relación contractual que daba a la . . . condición de arrendataria, tampoco podían acogerse a la prescripción extraordinaria, que exige quince años de posesión . . . De manera que, desde diciembre de 1957 hasta enero de 1966, fecha de la citación con la demanda materia del actual juicio, no ha decurrido el lapso de tiempo necesario para que se opere la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.— Gaceta Judicial. Serie XI, Nº 11.

Quito, a 19 de agosto de 1970. Vistos: Manuel Ignacio y José A. Jácome exponen que de acuerdo con los títulos que acreditan su derecho, son dueños de un lote de terreno con dos pequeñas casas, inmueble que está poseyéndolo indebidamente Matilde Rendón, por lo que se ven en el caso de demandarle, por la vía ordinaria, para que lo restituya. La demandada niega los fundamentos de la demanda y alega que ella es dueña del mencionado terreno porque lo adquirió por compra . . . Para resolver se considera: 1º) El predio que se reinvindica, singularizado por sus linderos en la demanda, se lo ha identificado en la inspección judicial.— 2º) Era inncesaria la prueba acerca de la posesión del terreno materia del juicio, ya que la demandada en su contestación de fs. 5 declara que está poseyendo dicho inmueble, pero que su posesión nace del justo título de dominio que invoca a su favor . . . 7º) Y el dominio ha favorecido también a los demandantes, porque si al comienzo no pudo cumplir con su misión de transferirlo la inscripción de la escritura de venta del antedicho predio, que no había llegado a perfeccionarse, cuando esta venta se perfecciona con la aceptación de los beneficiarios la inscripción se torna eficaz retrotrayéndose a la fecha en que tal inscripción se efectuó, por estricta analogía a lo que ocurre en los casos previstos por los arts. 712, 713, 722 y 1875 del Código Civil.— Gaceta Judicial. Serie XI, Nº 13.

Jurisprudencia civil colombiana

Reinvindicación

(Al reivindicante, para triunfar, le basta con probar un mejor título que el del adversario.— Cuando está en el imperioso deber probatorio de aducir el título de su antecesor o antecesores).

En el juicio reinvindicatorio seguido entre particulares, el derecho de dominio sobre bienes raíces se demuestra, en principio, con la sola copia, debidamente registrada, de la correspondiente escritura pública en que cons-

ta la respectiva adquisición. Como en esas controversias es relativa siempre la prueba del dominio, aquel mero título le basta al reinvindicante para triunfar si es anterior a la posesión del demandado y ésta no es bastante para consumar la usurpación que puede invocar como poseedor.

Por tanto, no es necesario siempre que el reinvindicante esté en el imperioso deber probatorio de aportar también la copia, debidamente registrada, del respectivo título de su antecesor, y así sucesivamente hasta obligarlo a la prueba de una cadena infinita, lo que determinaría eixigirle la probatio diabólica. Ni está obligado tampoco en estas controversias a presentar el certificado del Registrador de I.I.P.P. sobre la suficiencia de sus títulos, pues, como lo tiene repetido la Corte, esa certificación solo es indispensable en los precisos casos en que expresamente la ley lo requiere. Tal es lo estatuído en el art. 635 del C. Judicial que por ser norma excepcional, es de restringida aplicación.

Al reinvindicante, para triunfar, le basta con probar un mejor título que el del adversario. Además, sólo está obligado a la aducción del título de su antecesor o antecesores, cuando el demandado aporta título anterior o posesión iniciada con antelación a la fecha de su título de adquisición pues de otra manera sería vencido.

Quien alega ser dueño, como en el caso sub-lite, por haber adquirido el derecho de dominio a título de compraventa, prueba su propiedad con la copia, debidamente registrada, de la escritura pública en que se consignó ese contrato sin que, en principio, le sea forzoso demostrar también que su tradente era verus dominus del inmueble comprado. Si el solo título de adquisición presentado por el demandante es plena prueba de un mejor derecho que el del adversario en el inmueble objeto de la litis, es superfluo el estudio de los títulos de sus antecesores, pues estando con el primero demostrado el mejor derecho, estos últimos, en ese evento no pueden ni mejorar ni restar valor a la prueba primitiva.

Si el título del reinvindicante habla de la adquisición de un cuerpo cierto no se requiere demostrar que el tradente, en verdad era dueño.

Quien vende como suyo el cuerpo cierto del que no es propietario exclusivo, si posteriormente no adquiere la totalidad del mismo, dispone de cosa ajena, pero al tenor del art. 1871 del C. Civil esa enajenación es válida, sin perjuicio de los derechos de los comuneros restantes mientras no se extinguen por la prescripción.
(Cas. Civ. diciembre 2 de 1970).
Mag. Ponente: Dr. Germán Giraldo Zuluaga.

CAPITULO XV

DE LAS ACCIONES POSESORIAS

Consideración general.— La relación posesoria ha merecido diligente atención en los ordenamientos jurídicos por la conexión íntima que se advierte entre la posesión y la propiedad; de tal manera que, al decir de Peñaherrera, "las acciones posesorias no son, en último análisis, sino un medio indirecto, pero eficaz, de defender la propiedad misma".

Sin embargo, aunque no existiese en la relación posesoria un fondo de propiedad subyacente, la posesión debería ser protegida a causa de los importantes efectos que, por sí sola, es capaz de producir.

Contribución del derecho histórico en materia posesoria

1º— **Derecho romano.**— El sistema jurisdiccional romano permitía a los magistrados expedir ordenanzas destinadas a prevenir las contiendas y asegurar la paz pública.

Algunos interdictos versaban sobre cuestiones vinculadas con la posesión.

Según los expositores romanistas, los interdictos dedicados a cuestiones posesorias eran los siguientes:

a)— Los interdictos **"recuperandae possessionis"**, cuya finalidad consistía en hacer recuperar la posesión perdida.

Los interdictos recuperatorios eran tres: el interdicto **"unde vi"** que tenía aplicación en los casos de despojo violento; el interdicto **"de precario"**, usado para la recuperación de una cosa que una persona había dado a otra en precario; y el interdicto **"clandestina possessione"**, otorgado a la persona que había sido privada clandestinamente de un inmueble.

b)— Los interdictos **"retinendae possessionis"**, mediante los cuales se aseguraba al poseedor una posesión libre de molestias o perturbaciones.

Los interdictos conservatorios eran dos: el interdicto **"uti-pos-**

sidetis", aplicable a los bienes inmuebles; y el interdicto **"utrubi"**, a los muebles.

Aparte de éstos, no se conocían otros interdictos propiamente posesorios, pues el llamado **"adipiscendae possessionis"** tenía por objeto hacer adquirir la posesión y por lo tanto no se fundaba en ella.

2º— **Derecho canónico.—** El Derecho canónico ideó la **"condictio ex canone redintegranda"**, cuya aplicación sobrepasaba el campo estrictamente posesorio.

La "condictio ex canone redintegranda" se concedía no sólo a los poseedores, sino a los mero tenedores; podía dirigirse contra el despojante y contra terceros; y se aplicaba tanto en relación con bienes muebles como inmuebles. Transformada después en la famosa **"actio spoli"** se inspiraba en la idea de que la restitución posesoria, en los casos de despojo, era cuestión previa: "spoliatus ante omnia restituendus", y vino a constituir un poderoso medio para asegurar la paz social.

3º— **Derecho germánico.—** La **"saisine"** era una especie de posesión que podía hacerse valer como recurso de protección posesoria, dentro del plazo de un año contado desde el día del despojo. Transcurrido el año, el usurpador quedaba protegido y sólo podía ser vencido mediante acciones petitorias fundadas en la propiedad.

Este elemento de anualidad del derecho germánico es acogido en varias legislaciones modernas con el efecto de que la acción posesoria queda extinguida al cabo de un año completo, y de que sólo la posesión de un año queda amparada por las acciones posesorias.

4º— **Derecho francés.—** La aportación del antiguo derecho francés en materia posesoria se encuentra principalmente en la **"complaint"**, cuya nota más característica consistía en exigir la anualidad de la posesión como requisito indispensable para el ejercicio de la acción posesoria. Se inspiró en el derecho germánico.

Fundamento de las acciones posesorias.— Las acciones posesorias tienen por objeto la protección posesoria.

¿Cómo se justifica tal protección, tomando en cuenta que la posesión es un hecho?

"¿Por qué se protege la posesión? interroga Ihering. Y agrega: Nadie formula tal pregunta para la propiedad. Porque la protección dispensada a la posesión tiene algo de extraño y contradictorio. En efecto, la protección de la posesión implica además la protección de los bandidos y ladrones. Ahora bien: ¿cómo el derecho que condena el bandidaje y el robo puede reconocer y proteger sus frutos en las personas de sus autores?".

"Estas preguntas angustiosas, arguye Salvat, ciñen sin embargo, el horizonte de la realidad. También podría preguntarse: ¿por qué se protegen los contratos cuando pueden ser arrancados por la violencia, el error y el delito? ¿Por qué se protege el dominio cuando hay falsos dueños?".

"El amparo legal de los derechos, agrega Salvat, está fundado en una probabilidad y en una necesidad: en la probabilidad de que los derechos pertenecen a sus titulares ostensibles; en la necesidad de que el orden no sea alterado por la acción privada. Incumbe a los jueces decidir en definitiva si el que invoca el derecho es su titular auténtico o un usurpador; si el poseedor tiene la cosa en virtud de una causa jurídica o de un robo".

La posesión, en todos sus aspectos, ha servido de escenario a la lucha doctrinal de dos grandes mentalidades jurídicas: Savigny y Ihering. Y al tratar de los fundamentos de la protección posesoria cada uno de ellos formuló su propio planteamiento.

Para Savigny, la protección posesoria se justifica en la interdicción de la violencia.

Para Ihering, la protección posesoria se funda en que sirve a la defensa de la propiedad.

En todo atentado contra la posesión encuentra Savigny una violencia que la autoridad debe reprimir en defensa del poseedor y del orden social.

Para Ihering, "la protección de la posesión, como exterioridad de la propiedad, es un complemento necesario de la protección de la propiedad, una facilitación de la prueba en favor del propietario, la cual aprovecha también necesariamente al no propietario".

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA U.C.
BIBLIOTECA

Las acciones posesorias en el Código Civil ecuatoriano

Acciones posesorias comunes.— Según el art. 980, las acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos.

Por consiguiente, las acciones posesorias no son otra cosa que medios o recursos puestos a disposición del poseedor para la defensa de su posesión.

Para el sistema del Código, toda acción presupone un derecho. De los derechos reales nacen las acciones reales y de los derechos personales nacen las acciones personales (art. 614, 615).

¿Qué derecho protegen las acciones posesorias?

La posesión no es un derecho, sino un hecho mediante el cual la propiedad se declara y actúa; de tal manera que sin la posesión la propiedad no tiene valor práctico. "La posesión, al decir de Troplong, no es más que la declaración, la promulgación a los ojos de todos del derecho de propiedad; ella conserva la propiedad, la hace útil, la pone en acción; pero ella no es sino el hecho por el cual el derecho se declara".

De esto se sigue que todo propietario tiene derecho a poseer la cosa que le pertenece; y que este "jus possidendi" merece la defensa y la protección del legislador.

Sin embargo, el hecho posesorio puede darse sin que exista un fondo de dominio. Es decir, no siempre la posesión y la propiedad son coincidentes, puesto que en ocasiones el dueño no es poseedor y el poseedor no es dueño.

Aun así debe ser protegida la posesión debido a la probable situación de derecho que en ella se presume. Además, como no conviene al orden público que las personas se hagan justicia por sus propias manos, deben decidirse las contiendas posesorias por los medios jurídicos que la ley pone a disposición de los interesados.

Definición.— Según Peñaherrera, las acciones posesorias "son aquellas que tienen por objeto proteger de un modo sumario y eficaz al poseedor, contra las vías de hecho que tiendan a perturbarle en la posesión o excluirle de ella".

Acciones posesorias y petitorias.— Las acciones posesorias

se fundan en la posesión, en tanto que las petitorias se fundan en la propiedad.

En los juicios petitorios lo esencial es el dominio. En los posesorios no se tomará en cuenta el dominio que por una o por otra parte se alegue (art. 987).

Mediante las acciones posesorias se protege exclusivamente la posesión. "El poseedor es protegido, dice Peñaherrera, aunque no sea dueño, y aun contra el verdadero dueño...; no por menosprecio del dominio, sino porque de la cuestión del dominio no se trata".

Las acciones posesorias están limitadas a los bienes raíces.— El art. 980 reduce el ámbito de las acciones posesorias a los bienes inmuebles. Por consiguiente, no se concede protección posesoria para los muebles, a pesar de que sobre éstos puede también haber posesión.

El antecedente de esta restricción se encuentra en el derecho francés. "Las acciones posesorias, dice Planiol, sólo se dan en materia de inmuebles. En cuanto a los muebles, individualmente estimados, no caben porque a ello se opone la máxima: en materia de muebles la posesión vale como título, que trae por consecuencia que el juicio posesorio es inseparable del petitorio".

Sin embargo, para nuestro sistema legal es insuficiente la explicación de Planiol. Con razón anota Peñaherrera, "aquel axioma francés, adoptado por algunas otras legislaciones modernas, no lo había sido por el código chileno ni por el nuestro. No tenemos nosotros acciones posesorias para los bienes muebles, no precisamente por aquella razón de que respecto de tales bienes la posesión equivalga a título, sino en mi concepto, porque por la menor importancia de ellos, por la facilidad de defender su posesión por medios individuales o con intervención de la policía, y finalmente por la posibilidad de ventilar de un modo breve y sumario la cuestión de propiedad, la iniciación de acciones posesorias, complicaría inútilmente el sistema legal".

Las acciones posesorias están vinculadas a la posibilidad de prescribir.— El art. 981 dispone que sobre las cosas que no pueden ganarse por prescripción, como las servidumbres no aparentes o discontinuas, no puede haber acción posesoria.

Esta disposición se explica: 1º) Porque entre las cosas imprescriptibles están las inapropiables, las cuales no son susceptibles de posesión. La detentación de tales cosas no puede ser defendida mediante acciones posesorias. 2º) Porque la posesión que recae sobre algunas cosas no reúne las calidades de una posesión apta para prescribir, como ocurre con las servidumbres que no son a la vez continuas y aparentes. La posesión de estas servidumbres discontinuas e inaparentes puede confundirse en la práctica con la omisión de actos de mera facultad o con la mera tolerancia de actos de que no resulta gravamen, por lo cual sería impropio que la ley les otorgase la protección posesoria.

Objeto de las acciones posesorias comunes.— Las acciones posesorias comunes tienen por objeto, según el art. 980, conservar o recupperar la posesión.

De acuerdo a esta doble finalidad, se reconocen dos acciones posesorias comunes: a) la acción conservatoria; y b) la acción recuperatoria.

a)— **Acción conservatoria.**— Tiene por objeto conservar la posesión; es decir, eliminar las molestias o perturbaciones irrogadas a la posesión por otra persona, con ánimo de poseer.

Los actos perturbadores de la posesión deben ser ejecutados con ánimo contradictorio, es decir, disputando el derecho a poseer.

El que molesta o perturba la posesión pretende tener derecho a ejecutar el acto o actos perturbadores.

La buena o mala fe del perturbador no influye en esta acción posesoria; ni se toma en cuenta la presencia o ausencia del derecho a ejecutar los actos perturbadores, porque el dominio no forma parte del debate posesorio.

b)— **Acción recuperatoria.**— Tiene por objeto recuperar la posesión cuando ésta se ha perdido porque otro se ha apoderado de la cosa con ánimo de hacerla suya.

La acción recuperatoria supone necesariamente que ha habido despojo de la posesión y que ésta se ha perdido.

Se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya; menos en los casos que las leyes expresamente exceptúan (art. 760). Cuando el usurpador enajena a

su propio nombre la cosa, la persona a quien se enajena adquiere la posesión de ella y da fin a la posesión anterior, en el supuesto de no existir título inscrito mantenedor de la posesión (art. 764).

Comparación de las acciones conservatoria y recuperatoria.— Según Peñaherrera, "para toda acción posesoria se requiere necesariamente que el ataque a la posesión consista en actos posesorios ejecutados con intención de poseer. En esto está —valiéndonos del lenguaje escolástico el género próximo, común a las dos clases de acciones. Si esos actos surten el efecto de excluir al poseedor, originase la acción de despojo o restitutoria; si no hay tal exclusión, la acción debe ser conservativa. La exclusión o no exclusión es, por tanto, la diferencia específica de las dos acciones".

Revelación del ánimo de dueño.— En toda cuestión posesoria se tendrá presente que el ánimo de dueño, a pesar de que es un elemento subjetivo, no puede ser considerado sino en cuanto se manifieste mediante actos materiales que lo supongan.

Elementos personales de la contienda posesoria.— Las acciones posesorias dan lugar a una contienda que requiere de legítimos contradictores. Surge un litigio que versa sustancialmente sobre la posesión.

Las partes que intervienen en la contienda posesoria son: a) el poseedor actual contra el que intenta poseer, si se trata de la acción conservatoria; b) el poseedor despojado contra el poseedor despojante, si se trata de la acción recuperatoria.

La buena fe no es elemento necesario para el ejercicio de las acciones posesorias, lo cual se debe a que uno de sus fundamentos es la interdicción de la violencia, es decir, el impedir que los individuos se hagan justicia por sus propias manos. Por consiguiente, aun el poseedor que sabe que no tiene derecho a poseer, vale decir, que no es dueño, puede acudir al juez en demanda de protección posesoria, sea para recuperar la posesión si le ha sido arrebatada, o para conservarla sin molestias ni perturbaciones, y esto aun contra el verdadero dueño de la cosa que hubiera tratado de restaurar por sí mismo el orden violado por el poseedor.

Pero los poseedores viciosos quedan al margen de la protección posesoria, ya que la ley establece que no podrá proponer ac-

ción posesoria sino el que ha estado en posesión tranquila y no interrumpida durante un año completo.

Los coposeedores.— Para proponer una acción posesoria es preciso que exista posesión exclusiva; y, por lo tanto, los comuneros no son aptos para deducirla, los unos en contra de los otros. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia.

Sin embargo, si uno de los comuneros, a consecuencia de un título nuevo, tuviera pretensiones infundadas a la posesión exclusiva sobre todo el inmueble, los otros comuneros podrían proponer una acción posesoria para que se restablezca el estado anterior de coposesión.

El heredero en la contienda posesoria.— Según el art. 983, el heredero tiene las mismas acciones posesorias que tendría su antecesor si viviese; y está sujeto a las mismas acciones posesorias a que éste lo estaría.

Esta disposición no contradice el principio de que, por ser la posesión un hecho, no puede transferirse ni transmitirse; principio expresamente reconocido en el art. 751, según el cual la posesión del sucesor comienza en él, ora suceda a título universal o singular.

El alcance del art. 983, concordante con el 751, consiste en que al heredero le afectarían las ventajas o desventajas de las posesiones anteriores, si fuesen agregadas a la suya.

Posesión apta para el ejercicio de las acciones posesorias comunes.— La posesión, para merecer la protección de las acciones posesorias, debe ser, según el art. 982:

1º— **Posesión tranquila.—** El concepto de posesión tranquila es controvertido, y el sistema adoptado por el Código es, a nuestro entender, un tanto incongruente.

Según el sentido gramatical y obvio, posesión tranquila se opone a posesión violenta. Sin embagro, vistas las disposiciones del Código, se deduce que no hay oposición necesaria entre ellas; las dos pueden coexistir en una misma persona.

Posesión violenta es la que se adquiere por la fuerza (art. 744). Y posesión tranquila es la ejercida tranquilamente, o sea aquella en que "ha estado" el poseedor, sin violencia (art. 982).

Ahora bien, no hay inconveniente para que la posesión adquirida con violencia sea después ejercida sin contradicción.

Tal posesión es violenta a causa del vicio inicial y, como tal indeleble que la afecta y al mismo tiempo tranquila debido a su pacífico ejercicio.

"La tranquilidad y la violencia, dice Peñaherrera, son términos contrapuestos e incompatibles sólo en cuanto se refieren a un mismo instante o tiempo determinado; pero aplicadas a diversos momentos, pueden caber perfectamente en el mismo individuo".

¿Qué criterio debe adoptarse, a este respecto, en materia de acciones posesorias?

El art. 982 exige un año completo de posesión tranquila. Es decir, toma en cuenta el ejercicio pacífico de la posesión y no atiende a las circunstancias de su adquisición, en que bien pudo existir violencia inicial.

Por consiguiente, para el ejercicio de las acciones posesorias se requiere un año de posesión tranquila o pacífica, calidad relativa en cuanto que debe considerarse en relación con determinada persona.

2º— **Posesón no interrumpida.**— Esta calidad de la posesión es exigida por el mismo art. 982.

Posesión no interrumpida es la que no ha sufrido ninguna interrupción natural o civil (art. 2425).

"La interrupción natural, dice Peñaherrera, afecta directamente a la posesión, y como consecuencia a la prescripción. Esta, la prescripción, es uno de los efectos atribuidos por la ley a la posesión; por tanto, si la posesión cesa o se interrumpe, no puede haber prescripción.

La interrupción civil refiérese directamente a la prescripción y no afecta a la posesión sino en cuanto a los efectos que dependen de la buena fe del poseedor, es decir, en cuanto a los frutos y prestaciones mutuas..."

Interrupción natural de la primera especie.— Esta clase de interrupción se produce cuando sin haber pasado la posesión a otras manos, se ha hecho imposible el ejercicio de actos posesorios, como cuando una heredad ha sido permanentemente inundada (num. 1º del art. 2426).

¿Cómo afecta esta interrupción al ejercicio de las acciones posesorias?

Considera Peñaherrera que si "habiendo empezado alguien a poseer, le sobreviene una imposibilidad absoluta, y después de algún tiempo desaparece ésta y vuelve a tomar posesión de la cosa, no podría aprovechar de su posesión primitiva ni del tiempo de interrupción, para el efecto de completar el año de posesión, necesario para una acción posesoria".

Creemos, sin embargo, que la aplicación de tal criterio pone al que ha sufrido interrupción natural de la primera especie en desventaja injustificable en comparación con el que ha sufrido interrupción natural de la segunda especie.

El art. 2426 establece que la interrupción natural de la primera especie no surte otro efecto que el de descontarse su duración, y aunque tal disposición está ubicada entre las que se refieren a la prescripción, su alcance no queda limitado a este campo debido a los términos generales en que está redactada.

Por otro lado, el art. 688 dispone que si una heredad es inundada, se recupera la posesión luego que las aguas se retiran.

Esto significa que, desaparecida la causa de la interrupción, continúa la misma posesión; no significa que comience una nueva; y siendo así no se ve el inconveniente para que, descontado el tiempo de la interrupción, se sumen los dos períodos de posesión a fin de completar el año requerido para el ejercicio de las acciones posesorias.

Interrupción natural de la segunda especie.— Esta clase de interrupción se produce cuando se ha perdido la posesión por haber entrado en ella otra persona (num. 2º del art. 2426).

Esta disposición concuerda con la del art. 760, según la cual se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya porque no caben dos posesiones simultáneas sobre la misma cosa.

¿Qué efecto produce esta interrupción en el ejercicio de las acciones posesorias?

Las disposiciones aplicables a esta cuestión son las siguientes: a) la del art. 2426, según la cual, la interrupción natural de la segunda especie hace perder todo el tiempo de la posesión anterior; a menos que se la haya recobrado legalmente, conforme a lo

dispuesto en el título de las acciones posesorias. En tal caso no se entenderá haber habido interrupción para el desposeído; y b) la del art. 765, a cuyo tenor el que recupera legalmente la posesión perdida se entenderá haberla tenido durante todo el tiempo intermedio.

Interrupción civil.— Según el art. 2427, interrupción civil es todo recurso judicial intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa, contra el poseedor.

Es de sumo interés la opinión de Peñaherrera: "La interrupción civil es una institución jurídica que atañe, no a la posesión misma, sino a la prescripción. El legislador puede dar a ciertos hechos determinadas solemnidades o efectos; puede aun, como enseña Ortolán, crear hechos de existencia puramente ideal; mas no puede alterar la esencia de las cosas. La posesión es, por su esencia, un hecho, la tenencia de una cosa con ánimo de señor o dueño; y este hecho no se interrumpe por la demanda judicial contra el poseedor, porque interrumpir una cosa es paralizarla, impedir la continuación de ella; y la demanda no paraliza el hecho de la posesión ni obsta a que ese hecho continúe".

El Código, acerca de este punto, contiene disposiciones que no dejan duda sobre los efectos de la interrupción civil en relación con el ejercicio de las acciones posesorias. El art. 982 exige posesión no interrumpida, y el art. 2425 dice que ésta es la que no ha sufrido ninguna interrupción natural o civil.

Suspensión.— La suspensión concierne sólo a la prescripción ordinaria (art. 2433) y no influye en el ejercicio de las acciones posesorias.

"Si a los seis meses de poseer A un inmueble de B, mujer soltera, se casa ésta, la prescripción se interrumpe; mas la posesión continúa sin alteración alguna, y surte todos los demás efectos", según enseña Peñaherrera.

Posesión de un año.— Otro requisito exigido por el art. 982 para el ejercicio de las acciones posesorias es que la posesión haya durado un año completo.

La anualidad de la posesión tuvo origen en el derecho germánico, del cual pasó a las legislaciones modernas a través del derecho francés.

"La condición de posesión anual, dice Planiol, es la característica de las acciones posesorias modernas; se deriva del antiguo saisine del año y día; sin embargo, el plazo actual es de un año justo".

Para otorgar la protección posesoria exige el legislador un año cumplido de posesión porque considera que dicho plazo permite apreciar que la posesión está debidamente constituida.

Agregación de posesiones.— Para establecer la posesión anual, el poseedor puede añadir la posesión de su antecesor a la suya; pero en tal caso se la apropia con sus calidades y vicios. Podrá agregarse, en los mismos términos, a la posesión propia, la de una serie no interrumpida de antecesores (art. 751).

Posesión material.— La última parte del art. 982 dice que para el ejercicio de la acción posesoria es suficiente la posesión material.

Esta disposición fue introducida en el Código a consecuencia de la reforma de 1956; pero es del todo innecesaria porque el fundamento de la acción posesoria será siempre la posesión, ya provenga de título inscrito o del simple apoderamiento material.

Prescripción de las acciones posesorias.— Las acciones posesorias, tanto la conservatoria como la recuperatoria, deben ser deducidas en determinado plazo, vencido el cual prescriben o se extinguen.

La prescripción de las acciones posesorias comprende varios casos:

1º)— Las acciones que tienen por objeto conservar la posesión, prescriben al cabo de un año completo, contado desde el acto de molestia o embarazo inferido a ella (art. 984).

De acuerdo a este texto, cada acto de molestia o embarazo es punto de partida de una prescripción que extingue la acción correlativa a dicho acto perturbador.

Si se trata de una sola clase de molestia, perpetrada por actos reiterados, se contará el plazo de prescripción de la acción desde el primero de dichos actos.

2º)— Las acciones que tienen por objeto recuperar la posesión, expiran al cabo de un año completo, contado desde que el poseedor anterior la ha perdido (art. 984).

3º)— En los casos de despojo, si la nueva posesión ha sido violenta o clandestina, se contará este año desde el último acto de violencia, o desde que haya cesado la clandestinidad (art. 984).

La prueba en las acciones posesorias.— De acuerdo con los principios que rigen el cargo de la prueba, corresponde al actor probar los supuestos en que descansa su acción.

El título XIV, que trata de las acciones posesorias, contiene algunas normas aplicables a la prueba. Son las siguientes:

1º— **No se toma en cuenta el dominio.**— Las acciones poserias se fundan en la posesión y tienen por objeto conservarla o recuperarla.

Se comprende, por lo tanto, que la consideración acerca del dominio quede fuera del debate posesorio. No hay discusión sobre el derecho a poseer, sino sobre el hecho posesorio por una parte y el despojo o la turbación, por otra.

En los juicios posesorios, dice el art. 987, no se tomará en cuenta el dominio que por una o por otra parte se alegue. Podrán, con todo, exhibirse títulos de dominio para comprobar la posesión, pero sólo aquellos cuya existencia pueda probarse sumariamente. Ni valdrá objetar contra ellos otros vicios o defectos, que los que puedan probarse de la misma manera.

Hay impropiedad en la redacción de este artículo. La prueba no versa sobre los títulos, sino que mediante éstos se prueba la posesión. Por lo mismo, no se trata de exhibir títulos cuya existencia (la de los títulos) pueda probarse sumariamente, sino de exhibir títulos aptos para probar sumariamente la posesión. Acierta en cambio el artículo al disponer que no valdrá objetar contra ellos (contra los títulos) otros vicios o defectos que los (vicios o defectos) que puedan probarse de la misma manera (sumariamente).

"En los juicios posesorios, dice la Corte Suprema en fallo publicado en el Nº 45 de la Serie IV de la Gaceta Judicial, no se discute el dominio en el predio materia del litigio ni la posesión que se adquiere por el ministerio de la ley, en virtud de la inscripción de los títulos traslativos de dominio; ellos versan sobre la posesión material, esto es sobre la tenencia de la cosa con ánimo de señor y dueño, mediante la ejecución de hechos a que sólo el dominio da derecho; siendo por esto inadmisible como prueba de esa

posesión títulos de dominio que, ni confieren por sí solos la posesión material de los bienes materia del contrato ni demuestran la extinción de dicha posesión material en ellos, de quien los haya enajenado".

2º— **Prueba de la posesión de los derechos inscritos.**— En este punto surgen notorias dificultades de interpretación.

En la codificación vigente se encuentra el art. 988, cuyo texto es el siguiente: La posesión de los derechos inscritos se prueba por la inscripción; y mientras ésta subsista, y con tal que haya durado un año completo, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla.

Esta disposición armonizaba dentro del sistema de la posesión inscrita, imperante en el Código hasta la reforma de 1956. La inscripción era entonces "requisito, prueba y garantía de la posesión de bienes raíces".

Después de la reforma, admitida la prescripción contra título inscrito, la inscripción sirve todavía como prueba de la posesión de los derechos inscritos; pero dicha posesión inscrita puede ser impugnada.

En efecto, lo que ingresa en el patrimonio del prescribiente no es la cosa material sino el derecho que recae en ella. Por consiguiente, para adquirir por prescripción es preciso poseer el derecho que se prescribe.

Ahora bien, según el sistema actual, el apoderamiento material permite prescribir contra título inscrito; lo cual significa que el apoderamiento material confiere posesión del derecho a que se refiere el título inscrito.

Por consiguiente, el apoderamiento o posesión material contradice la posesión inscrita, de manera que ésta puede ser impugnada por aquella no obstante lo dispuesto en el art. 988.

3º— **El art. 989.**— Se deberá probar la posesión del suelo por hechos positivos, de aquellos a que sólo el dominio da derecho, como la corta de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión.

Cuando estaba vigente el sistema rígido, expresado en la fórmula: inscripción igual posesión, la opinión jurídica dominante des-

tinaba la norma del actual art. 989 a la prueba de la posesión de los bienes inmuebles no inscritos, cuando la causa de la posesión era el simple apoderamiento material o un título no traslaticio de dominio, y también a la prueba de la posesión de bienes raíces inscritos cuya inscripción hubiera durado menos de un año completo, y a los casos de inscripciones incompletas o imprecisas.

En el sistema actual, el art. 989 tiene las mismas aplicaciones anotadas; y es sobre todo la prueba primordial de la posesión cuando ésta proviene del mero apoderamiento del inmueble, inscrito o no inscrito.

En la doctrina ha merecido amplia controversia la determinación del ámbito de aplicación de los arts. 988 y 989, y la jurisprudencia ha fluctuado entre disímiles teorías.

En reciente fallo de la Corte Suprema del Ecuador se manifiesta que "la posesión del suelo se debe probar con hechos positivos a que sólo el dominio da derecho, tales como los ejemplarizados en el art. 989; de ahí que la posesión de los derechos inscritos no tiene relación alguna para justificar los requisitos de las controversias posesorias de obra nueva..."

Valor de la sentencia dictada en el juicio posesorio.— La sentencia pronunciada en el juicio posesorio produce cosa juzgada, tanto formal como material.

Esto significa que la cuestión promovida en dicho juicio no puede ser planteada nuevamente ni en el mismo juicio ni en otro, lo cual no impide que el vencido en el debate posesorio pueda posteriormente intentar la recuperación de la posesión en juicio reivindicatorio.

Lo anterior se explica porque los supuestos, o causa de pedir, son diversos en uno y otro juicio. El juicio posesorio se funda en la posesión, y sobre este hecho se traba el litigio, en tanto que el juicio reivindicatorio se funda en el dominio; éste, que lleva aparejado el derecho a poseer, es la sustancia de la acción reivindicatoria.

Acción de despojo violento o querella de restablecimiento.— El art. 992 contiene una acción especial llamada de despojo violento, o también querella de restablecimiento.

Según este artículo, el que violentamente ha sido despojado, sea de la posesión, sea de la mera tenencia, y que, por poseer a nombre de otro, o por no haber poseído bastante tiempo, o por otra causa cualquiera, no pudiere proponer acción posesoria, tendrá sin embargo derecho para que se restablezcan las cosas al estado en que antes se hallaban, sin que para esto necesite probar más que el despojo violento ni se le pueda objetar clandestinidad o despojo anterior. Este derecho prescribe en seis meses. Restablecidas las cosas, y asegurado el restablecimiento de daños, podrán intentarse por una u otra parte las acciones posesorias que correspondan.

Del texto legal transcrito se desprende claramente que, a pesar de su ubicación, la acción de despojo violento no es posesoria. En efecto:

1º)— El único objeto de esta acción consiste en anular o destruir los efectos del despojo violento.

2º)— El ejercicio de esta acción no provoca ningún pronunciamiento sobre la posesión.

3º)— La única prueba pertinente que puede aportar el actor se refiere a la existencia del despojo violento, y el demandado sólo puede oponerse alegando ser falso el hecho del despojo violento, y no de otro modo (art. 730 del Código de Procedimiento Civil).

4º)— La acción de despojo violento se concede no sólo a los poseedores sino también a los mero tenedores.

5º)— La clandestinidad o el despojo anterior, que impiden el ejercicio de las acciones posesorias, no obstan al ejercicio de la acción de despojo violento.

6º)— Para el ejercicio de esta acción basta el hecho del despojo, sin que se requiera tiempo determinado de posesión o tenencia.

7º)— Restablecidas las cosas al estado anterior al despojo podrán intentarse, si son del caso, las acciones posesorias que correspondan.

"A igual de las meras expectativas, los simples temores de la posible violación de un derecho, no pueden volver procedente una acción en justicia; salvo los casos excepcionales referentes a las medidas conservatorias previstas por la ley".— Gaceta Judicial. Serie IV, Nos. 219-220.

"La ley ha establecido en el título XII (XIV), libro II del Código Civil, las acciones posesorias mediante las cuales los poseedores de inmuebles pueden conservar o recuperar la posesión; y ha concedido también a dichos poseedores, algunas acciones posesorias especiales en el título XIV (XV) del mismo libro del Código, a fin de que puedan ejercerlas en los demás casos de perjuicio allí enumerados, **en los que no hay turbación ni despojo de la posesión**".— Gaceta Judicial. Serie V, Nº 132.

"....es real la acción que se dirige contra quien impide el derecho de poseer de otro (derecho en la cosa) arrogándose sobre el inmueble ajeno indebida servidumbre".— Gaceta Judicial. Serie III, Nº 234.

"....en tratándose de acciones posesorias sujetas a leyes especiales no son aplicables los arts. 1427 y 2296 (1480 y 2241) del Código Civil que se refieren a obligaciones de dar, o sea a indemnizaciones puramente pecuniarias por delitos o cuasidelitos civiles, provenientes de un hecho que ha inferido daño a otro, que produce sólo un título para el cobro de la indemnización respectiva".— Gaceta Judicial. Serie VI, Nº 10.

"Conforme a los arts. 912 y 917 (985 y 990) del Código Civil, el poseedor tiene derecho para pedir que no se le turbe o embarace su posesión o se le despoje de ella; el que injustamente ha sido privado de la posesión tiene derecho para pedir se le restituya... Mas la ley ha previsto también la posibilidad de que alguien trate de construir en suelo poseído por otra persona alguna obra que no turbe ni excluya dicha posesión, pero que tampoco sea asentida por el poseedor, así como la posibilidad de que se trate de construir una obra que cause perjuicio al poseedor, aunque se la haga fuera del suelo poseído por éste; y para esta clase de obras ha establecido las acciones posesorias especiales determinadas en el Título XIV (Título XV) del Libro II del Código Civil1...".— Gaceta Judicial. Serie VI, Nº 9.

"Existe diferencia esencial entre las acciones posesorias generales que tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos, de que se ocupa el título XIII (XIV) del Libro II del Código Civil, y las acciones posesorias especiales, inclusive la denuncia de obra nueva a favor de los que puedan ejercerlas en ciertas circunstancias, de las que trata el Título XIV (XV) del Libro II; y esa diferencia consiste en que las primeras se entablan por obras que turban o embarazan la posesión o le privan de ella al quejoso, que puede dirigirse, no sólo contra el usurpador, sino contra toda persona, cuya posesión se derive del usurpador, por cualquier título —art. 918 (991)—; y las segundas que se refieren a obras que pueden ser ejecutadas en el suelo de que está en posesión el querellante o el querellado, sin que sea necesario para la procedencia de la demanda que esa posesión de bienes raíces, en los casos de obra nueva comprendidos en los arts. 921 y 922 (993 y 995) del citado Código Civil, se origine de título inscrito".— Gaceta Judicial. Serie VI, Nº 10.

4º) Cuando existe el régimen de comunidad, las alteraciones o modificaciones que se hagan en la cosa indivisa por parte de uno de los comuneros, sin el consentimiento de los otros, no van encaminadas a perturbar la posesión actual de ninguno de los comuneros en particular, ya que la posesión de éstos es proindiviso, sin concretarse a parte alguna del inmueble común, no es susceptible, por lo mismo, de ser restablecida provisionalmente en beneficio de poseedor determinado, como es la finalidad esencial que persigue la acción de obra nueva. 5º) Ciertamente, que la ley prohibe a los comuneros hacer innovaciones en los inmuebles que tienen en comunidad (arts. 2324 y 2104 Nº 4 del Código Civil) 2234, 2015, y si éstas se hallan realizándose y causan perjuicio a la comunidad, la misma ley arbitra los medios apropiados para remediar la situación, no deduciendo acción pososeria, que es injurídica para el caso, sino poniendo término a la indivisión o logrando antes el nombramiento de administrador común, sin que nada de esto sea obstáculo, por otra parte, para hacer efectiva la responsabilidad del comunero, que se extiende hasta la culpa leve, por los daños que hubiere causado en las cosas y negocios comunes.— Gaceta Judicial. Serie IX, Nº 10.

Quito, abril 20 de 1964.— VISTOS: "... 3º) Lo dicho anteriormente hace improcedente la demanda, porque si existe régimen de comunidad, las alteraciones o modificaciones que se hagan en la cosa que permanece indivisa no perturban la posesión de ninguno de los herederos, sin que pue dan por lo mismo, entre ellos, entablarse acciones posesorias.— Gaceta Judicial. Serie X, Nº 4.

Quito, a 25 de mayo de 1968.— VISTOS: "... 1º) Aun cuando no son totalmente exactos los razonamientos del tribunal de segunda instancia en lo que se refiere a la concurrencia y complementación que admite que puede existir en un mismo juicio entre la acción posesoria de recuperación y la de obra nueva (ésta es solamente precautoria con la sola finalidad de suspender la obra denunciada como nueva, y obtenida la suspensión se podrá recién proponer las acciones posesorias o petitorias que convengan al actor), es la verdad que desentrañando el sentido un tanto confuso de la demanda, que a veces parece señalar una acción posesoria de restitución, y, según otras expresiones y citas una denuncia de obra nueva, lo que realmente intenta el demandante es la acción primeramente nombrada, concretando el hecho del atentado contra su posesión en la obra nueva realizada por el demandado en el terreno de que estaba en posesión... 6º) No hay, en verdad, como señala el fallo de segunda instancia, disposición alguna que faculte expresamente, en esta clase de juicios, la destrucción de la obra que constituye el atentado contra la posesión, ni cabía que haya esta disposición en forma general, porque no todo embarazo o privación de la posesión puede exigir esta solución; pero hay casos, como el presente, en que el efecto de la aceptación de la acción posesoria no puede ser otro que la destrucción de la obra en que haya consistido el ataque a la posesión de otro. Y, en esto, hay uniformidad en la doctrina. Alessandri, por ejemplo, en la versión

de Vodanovick, dice: "Efecto fundamental perseguido con las acciones posesorias. Toda acción posesoria está dirigida a lograr un efecto fundamental, el volver a reintegrar la posesión al mismo estado que tenía antes de la turbación o el despojo". Y si el atentado consiste en una obra levantada en el suelo del que otro está en posesión, ¿cómo pueden volverse las cosas al estado anterior a aquel hecho, sino destruyendo lo realizado? Y, el citado autor, refiriéndose a un caso de la jurisprudencia, hace ver que no tendría sentido el triunfo del actor si no se ordena la desaparición de aquello en que consiste el atropello.— Gaceta Judicial. Serie XI, Nº 5.

En el juicio en que se demanda la suspensión inmediata de la obra u obras nuevas con las cuales se priva al actor de determinadas aguas; y la recuperación de la posesión de dichas aguas sustraídas, se observa: "la demanda dice: el despojo se ha cometido mediante obra nueva; así, no hay dos acciones independientes, menos aún contrarias o incompatibles, calidades referidas en el art. 76 del Código de Procedimiento Civil".— Gaceta Judicial. Serie VII, Nº 5.

Las obras construidas para desviar las aguas de una acequia constituyen verdadero despojo, si privan al poseedor de la posesión de una parte cualquiera de dichas aguas.— Gaceta Judicial. Serie II, Nº 44.

No procede la acción de despojo sino contra el usurpador que posee o contra aquel cuya posesión se derive de la de éste (arts. 714, (760) y 918 (991) del Código Civil y no es procedente, por tanto, contra aquellos que ejercen actos "no como poseedores sino a nombre y por los derechos de otras personas".— Gaceta Judicial. Serie III, Nº 49.

Quito, a 20 de agosto de 1963.— VISTOS: "... 4º) En los juicios de despojo no se trata de la posesión permanente, o sea de la que uno tiene o puede tener en virtud de la ley, sino de la que resulta de haber poseído la cosa materialmente por un año continuo; y esta posesión material, para ser fundamento legal de las acciones posesorias, no ha menester de más requisitos que los de haber sido tranquila y no interrumpida durante un año completo.— Gaceta Judicial. Serie X, Nº 2.

Según los arts. 907 y 917 (980 y 990) del Código Civil, la acción de despojo tiene por objeto recuperar la posesión de bienes raíces; y, para ordenar la restitución, hay necesidad de que la cosa sea determinada por medio de linderos o señales.— Gaceta Judicial. Serie III, Nº 97.

La acción de despojo, conforme a los arts. 970 (980) y 917 (990) del Código Civil, ha de fundarse en hechos que priven de la posesión.— Gaceta Judicial. Serie II, Nº 39.

El impedir la limpia y reparación de un acueducto "... no puede con-

siderarse como acto de posesión, ni revela en manera alguna la intención de poseer, y no es, por lo mismo, fundamento legal de acción posesoria.— Gaceta Judicial. Serie I, Nº 31.

El abrir sangraderas para desviar el agua de un acueducto, "no puede dar lugar a la acción de conservar la posesión, sino a la de despojo".— Gaceta Judicial. Serie I, Nº 31.

Las obras construidas para desviar las aguas de una acequia constituyen verdadero despojo, si privan al poseedor de la posesión de una parte cualquiera de dichas aguas.— Gaceta Judicial. Serie II, Nº 44.

No cabe despojo ni turbación en el goce de las aguas que nacen y mueren dentro de una heredad, si no se ha construido obra alguna en la misma heredad.— Gaceta Judicial. Serie V, Nº 161.

"Para los efectos de amparar al actor en la posesión, en los juicios sobre conservación o recuperación, es indiferente, según el sistema procesal en vigencia, que los actos ejecutados por la parte demandada, sean constitutivos de despojo o de mera perturbación; basta que se haya violado el derecho de posesión del que ha tenido la cosa durante el año inmediato anterior para que se acepte la demanda y se ampare al actor en la posesión".— Gaceta Judicial. Serie VI, Nº 10.

"Para que sea procedente le acción de recuperar la posesión, es preciso que los actos de exclusión sean ejecutados por alguna persona que tenga ánimo o intención de poseer; y, por esto, el art. 918 (991) del Código Civil determina las personas contra quienes puede deducirse la acción de despojo, que sólo son el usurpador, o cualquiera otra cuya posesión se derive de la de él, esto es, del que, con ánimo de poseer, excluyó o quitó para sí la posesión del demandante".— Gaceta Judicial. Serie IV, Nº 243.

"No puede existir despojo sino cuando hay, por una parte, exclusión de la posesión, y, por otra, posesión de la cosa por quien hubiere verificado el despojo".— Por consiguiente, debe también el actor justificar "la circunstancia esencialísima" de estar el demandado en posesión de la cosa despojada.— Gaceta Judicial. Serie II, Nº 123.

1º) El actor, al expresar en su demanda, que se le ha privado, de un modo absoluto, de la parte de las aguas de una quebrada, en cuya posesión se ha conservado, desde hace muchos años, determina de una manera bien clara y precisa la cosa de que ha sido despojado; 2º) De este modo han quedado singularizadas las aguas, materia del despojo, sin que obste para esta clara determinación, el que no se haya fijado la cantidad de estas aguas, porque la ley protege su posesión, aunque no se hubieran medido, ni pueda, por consiguiente, el poseedor de ellas determinar su cantidad, si la acción

se refiere el despojo total de dichas aguas; 3º) Tampoco es improcedente la demanda de despojo por el hecho de que otras personas, que tienen también acueductos para aprovechar las aguas de la misma quebrada, sean coposeedoras de estas aguas, porque si bien, mientras éstas permanecen en el cauce natural hay condominio de ellas, este condominio desaparece a medida que la parte de aguas de que hace uso cada partícipe entra al acueducto perteneciente a cada poseedor, quien llega a tener la posesión exclusiva de esa porción de aguas, aun cuando no haya habido un acto legal de partición.— Gaceta Judicial. Serie V, Nº 69.

Quito, 2 de junio de 1965.— VISTOS: "... 6º) De los diversos instrumentos enumerados y de las otras pruebas señaladas es natural colegir que siendo diferente el origen de la posesión o tenencia, según el caso, del demandante sobre los terrenos de los predios citados, no deben de formar éstos actualmente un solo cuerpo, de modo que los actos de turbación se refieran a todo él; y en caso contrario se tenía que precisar a cuál de los lotes afectaban tales actos. Por esta causa no puede menos de aceptarse la excepción opuesta por el demandado de que no se ha hecho la debida singularización de la cosa o cosas materia de la acción posesoria.— Gaceta Judicial. Serie X, Nº 12.

Una precisa individualización de la cosa es elemento de todo punto esencial de la querella de despojo, así para lo concerniente a la trabazón de la litis, como para lo relativo a la claridad y precisión de la orden de restitución de la cosa despojada, si hay lugar a ella, y la consiguiente e inmediata efectividad de dicha orden, al tiempo de ejecutarse la sentencia.— Gaceta Judicial. Serie IV, Nº 250.

"Admitida la acción de despojo, el principal de los deberes del demandado consiste en restituir las cosas al estado anterior, lo que exige que la sentencia, para ser eficaz, sea expedida contra quien, por hallarse en posesión de ellas, esté en posibilidad de restituir".— Gaceta Judicial. Serie IV, Nº 243.

"En los juicios de despojo, en la demanda se ha de determinar el inmueble materia de la demanda —cuando ésta versa sobre un bien raíz— fijando sus linderos, porque sólo así puede saber el demandado el objeto concreto a que se refiere el juicio para deducir sus excepciones, y el juez lo que constituye materia del litigio. Se debe determinar también la época en que se verificó el despojo, porque el querellado puede invocar la prescripción, de acuerdo con el art. 727 (734) del Código de Procedimiento Civil".— Gaceta Judicial. Serie VIII, Nº 3.

"1º) La ocupación de una pared de cerramiento, de propiedad exclusiva de uno de los predios lindantes, por el dueño del otro predio, no constituye despojo, pues dicha pared y el terreno en que se encuentra cons-

truida, no pueden considerarse poseídos exclusivamente por el dueño si se toma en cuenta la existencia de la servidumbre legal de medianería que concede al dueño del otro predio el derecho de valerse de ella, aun sin el consentimiento de su vecino, quedándole a éste únicamente el derecho de obtener la indemnización prevista en el Art. 841 (910) del Código Civil. 2º) El hecho de hacer medianera una pared no comporta la exclusión de la posesión del vecino, sino el ejercicio en común de la posesión de la servidumbre recíproca ya mencionada".— (Voto salvado).— Gaceta Judicial. Serie VIII, Nº 4.

La obligación del querellante, en los juicios de recuperación de posesión, de determinar los linderos o señales del inmueble materia del despojo, queda cumplida mediante la determinación detallada de los linderos generares, sin que sea necesario precisar los linderos de la fracción despojada, porque ella está comprendida dentro de los linderos generales, y porque en muchos casos sería impracticable la individualización, volviendo así nugatorio el derecho de un poseedor.— Gaceta Judicial. Serie VI, Nº 10.

Para que la acción de despojo sea admitida, deben concurrir las circunstancias constitutivas del despojo, "es decir, la posesión tranquila y no interrumpida del querellante, por un año completo, sobre la cosa raíz o derecho real materia del despojo, y la ejecución, por parte del reo, de actos o hechos posesorios que excluyan absolutamente de la cosa al demandante y que han sido ejecutados contra la voluntad de éste y con intención de poseer".— Gaceta Judicial. Serie V, Nº 37.

"La posesión material, que es a la que se refiere la acción de despojo, se debe comprobar, cuando se trata del suelo, por hechos positivos de aquellos a que sólo el dominio da derecho, como corta de maderas, plantaciones, sementeras, etc., según prescribe el art. 897 (989) del Código Civil".— Gaceta Judicial. Serie VIII, Nº 3.

"En los juicios sobre recuperación y conservación de posesión, se trata únicamente de la posesión material del suelo no de la posesión de derechos inscritos; por tanto... es inaplicable al caso el art. 915 (988) del Código Civil, que supone la discusión recíproca sobre derechos inscritos".— Gaceta Judicial. Serie VI, Nº 10.

"Por la naturaleza misma del juicio posesorio, así los fundamentos de la sentencia como su parte resolutiva, nada deciden en cuanto al dominio sobre el todo o parte de los predios acerca de cuya posesión se hubiera discutido".— Gaceta Judicial. Serie V, Nº 5.

Atendiendo al objeto y fines que persiguen las acciones posesorias, "cual es la restitución de las cosas al estado anterior y la indemnización de perjuicios, deben justificarse los actos de turbación de la posesión, los

de despojo y obra nueva, sin tomar en cuenta el dominio que se alegue por parte del actor o del demandado —art. 914 (987)—, así como se deben probar también los hechos positivos que demuestran la posesión del suelo, tales como el corte de maderas, la construcción de edificios y otros de igual significación, enumerados por el art. 916 (989) del mismo Código Civil".— Gaceta Judicial. Serie VI, Nº 10.

Si por la reconstrucción de una casa resultan destruidas paredes y ocupado terreno de la casa vecina, el dueño de ésta, si puede intentar acción de obra nueva, no puede querellarse de despojo.— Gaceta Judicial. Serie III, Nº 101.

1º) Si el demandado niega el despojo, queda de cargo del actor la prueba de los fundamentos de su acción. 2º) Esa prueba debe referirse a los hechos concretos de que habla el art. 909 (982) del Código Civil.— Gaceta Judicial. Serie III, Nº 45.

1º) Según el art. 909 (982) del Código Civil, las acciones de conservar o de recuperar la posesión puede intentarlas sólo el que la ha tenido, tranquila y no interrumpida, durante un año completo. 2º) Entre los condueños de una pared divisoria, no cabe que unos tengan, respecto de otros, la posesión exclusiva de la pared; todos son coposeedores y, como tales, no pueden intentarse, entre ellos, ninguna de las referidas acciones. 3º) Estas se han concedido al poseedor de la cosa, no contra quien igualmente la posea, sino contra el que, sin ser poseedor, inquiete o prive de la posesión al que la tiene en los términos del art. 688 (734), inc. 1º del mismo Código. 4) En los casos anteriores, al intentarse la acción de despojo por uno de los condueños, la demanda es improcedente.— Gaceta Judicial. Serie III, Nº 52.

El art. 908 (981) se refiere al caso de que la cosa "por su misma naturaleza no sea susceptible de prescripción".— Gaceta Judicial. Serie VII, Nº 3.

Quito, enero 12 de 1959.

"... 3º) La prueba de la posesión material, o sea de los hechos que enumera en vía de ejemplo el Art. 987 (989) del mismo Código, es admisible por medio de testigos...".— Gaceta Judicial. Serie IX. Nº 4.

Quito, a 10 de enero de 1961.— VISTOS: "... 2º) La demanda comprende dos acciones: la denuncia de obra nueva y la posesoria de restitución por despojo de aguas. Como una de las excepciones propuestas por Abelardo Alvarez es la inepta acumulación de estas dos acciones porque requieren necesariamente distinta sustanciación, se observa que, contrariamente a lo objetado, según el art. 721 del Código de Procedimiento Civil, tanto las acciones que tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces como la denuncia de obra nueva, se sujetan al trámite verbal sumario, con las modificaciones contenidas en el mismo parágrafo, que

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA U.C.
BIBLIOTECA

no alteran la sustanciación esencial del juicio verbal sumario. Tampoco dichas acciones son contrarias, apareciendo, aún más, en el caso que va a resolverse que, justamente, la obra denunciada como nueva es la causa del pretendido despojo; sin perjuicio de que, no obstante lo expuesto en este considerando, pudiera el juez acoger, por los méritos procesales, ambas o sólo una de las acciones conjuntamente propuestas, por lo cual debe estudiarse separadamente cada una de ellas. 4º) En cuanto a la acción posesoria de restitución, en principio, sí cabe acción posesoria respecto de aguas de dominio y uso públicos, sin que haya contradicción con el art. 981 del Código Civil que establece que sobre las cosas que no pueden ganarse por prescripción no puede haber acción posesoria; pues es verdad que los bienes de dominio y uso públicos no son susceptibles de posesión por parte de los particulares (ni, por tanto, de prescripción), porque están fuera del comercio, cabe, en cambio, la posesión del derecho de uso que tuviese el adjudicatario o concesionario de aguas de uso público y procede, por consiguiente, la acción posesoria con la que se trate de defender la posesión de tal derecho.— Gaceta Judicial. Serie IX, Nº 15.

Quito, a 13 de julio de 1970.— VISTOS: En primera y segunda instancia se ha aceptado la querella posesoria formulada por Angel Segundo Ordóñez contra Segundo Guamán. Para resolver los recursos intentados por éste, la Sala observa:... Segundo: Pretende el querellante que se le ampare en la posesión de los terrenos situados en el sitio Rosa de Oro de la jurisdicción de Pasaje, dentro de los linderos que detalla, posesión tranquila e ininterrumpida y de varios años atrás, y que ha sido alterada por Francisco Guamán, quien el 25 de octubre de 1968 ha penetrado acompañado de varios sujetos y han procedido a talar varias plantas de café, cacao y guineo en una de las parcelas; en la otra ha puesto una cerca de alambre nuevo encerrando una cantidad de más de mil matas de cacao cargador, aduciendo que son suyas las plantaciones. Tercero: De las excepciones opuestas por Guamán, sólo pueden considerarse, de conformidad con el art. 729 del Código de Procedimiento Civil, la de haber tenido la posesión de la cosa en el año inmediato anterior y, consecuentemente, ser falso el atentado contra la posesión. Cuarto: Respecto de la primera excepción, se advierte en el contexto general de la contestación de la demanda la errónea convicción de Guamán de que le constituye poseedor de las parcelas de terreno mencionadas en la demanda, el hecho de ser heredero de su padre quien, a su vez, fue propietario de éstas, y que la tenencia material por parte de cualquier otra persona, aunque sea con ánimo de dueño, no implica posesión porque no tiene una causa legítima. Y, en definitiva, acepta los fundamentos de hecho de la demanda en cuanto a la posesión anterior del demandante y a los actos de perturbación que se acusa. Dice Guamán en su excepción tercera: "cualquier calidad de poseedor que pudiera tener el actor es posterior a los hechos y derechos posesorios establecidos por el causante mi padre". En la quinta: "el hecho de haber trazado y establecido cerca no significa despojo, es un hecho que me corresponde para guardar los plantíos heredados

de mi padre". En la sexta: "niego el derecho del actor para intentar su acción posesoria por cuanto yo, en ejercicio de los derechos sucesorios heredados soy anterior en la posesión de los terrenos y plantíos que reclama el recurrente Ordóñez".— Quinto: Ni ha probado Guamán que heredó los terrenos a que se refiere esta demanda, como sucesor de su padre, ni este hecho acreditaría su posesión personal actual sobre los mencionados terrenos ni excluiría la posibilidad de que otros la tuvieran. En cambio el actor, aparte de que el demandado, como se ha visto, al contestar la demanda acepta los fundamentos de hecho de la acción, ha justificado con uniforme prueba testimonial que el 25 de octubre de 1968 Francisco Guamán realizó los actos que menciona el actor como atentatorios a la posesión que tenía en las dos parcelas de terreno que detalla en la demanda; y que fue poseedor de ellas, en forma tranquila e ininterrumpida durante el año anterior a la indicada fecha, y aun en muchos años atrás... Por lo expuesto se confirma la sentencia...— Gaceta Judicial. Serie XI, N° 10.

Quito, 18 de mayo de 1966.— VISTOS: Propuesta la demanda de amparo posesorio por... para resolver el recurso interpuesto por el querellante, se observa: ...3º) Arguye el querellante: a) que ha estado en posesión tranquila y no interrumpida por más de un año (por más de treinta años asevera el demandante) de un lote de terreno denominado Llano Grande, de la superficie de ocho cuadras, más o menos, y comprendido dentro de los linderos que detalla en su querella; b) que Segundo Vargas y Lizandro Cruz tratan de turbar y causar embarazos en la posesión de dicho terreno y que aun pretenden despojarle de ella. Y pide el querellante que se le ampare en su posesión. Aunque Francisco Castillo equivoca la cita del artículo correspondiente del Código Civil, es evidente, por el contexto de su demanda, que lo que ejercita es la acción de amparo de la posesión, como expresamente lo dice y no la de obra nueva (que es a la que se refiere el art. 993 erróneamente citado y que corresponde al 999 de la actual codificación). Por otro lado, según el art. 730 del Código de Procedimiento Civil, no podrá rechazarse la demanda por el solo hecho de haberse equivocado el querellante en la denominación de la acción propuesta, siempre que de los hechos alegados y probados aparezca que se ha violado el derecho de posesión, como ocurre en el presente caso... 5º) La referida prueba testimonial del actor, además de justificar la posesión tranquila e ininterrumpida que por muchísimo tiempo más de un año ha tenido en el inmueble al que su acción se refiere, demuestra también que los demandados, antes y durante el juicio, embarazan y perturban la posesión de Francisco Castillo en el mencionado predio, actitud corroborada por la misma conducta procesal mantenida por los querellados.— Gaceta Judicial. Serie XI, Nº 1.

CAPITULO XVI

DE ALGUNAS ACCIONES POSESORIAS ESPECIALES

El Título XV contiene diversas acciones especiales, muchas de las cuales no son posesorias, pues al decir de Claro Solar, "miran más que a la posesión, al ejercicio del derecho de propiedad y establecen restriccoines o limitaciones a este ejercicio, a fin de evitar los daños o conflictos que la libertad de goce de los propietarios pudiera ocasionar".

Reglas comunes a todas las acciones posesorias especiales.— En el Título XV se encuentran algunas disposiciones que se aplican en general a todas las acciones posesorias especiales. Estas son:

1º)— Las acciones concedidas en este Título no tendrán lugar contra el ejercicio de servidumbre legítimamente constituida (art. 1011).

2º)— Siempre que haya de prohibirse, destruirse o enmendarse una obra perteneciente a muchos, puede intentarse la denuncia o querella contra todos juntos o contra cualquiera de ellos; pero la indemnización a que por los daños recibidos hubiere lugar, se repartirá entre todos, por igual, sin perjuicio de que los gravados con esta indemnización la dividan entre sí, a prorrata de la parte que tenga cada uno en la obra (art. 1010).

3º)— Y si el daño padecido o temido perjudicare a muchos, cada uno tendrá derecho para intentar la denuncia o querella por sí solo, en cuanto se dirija a la prohibición, destrucción o enmienda de la obra; pero ninguno podrá pedir indemnización sino por el daño que él mismo haya padecido, a menos que legitime su personería relativamente a los otros (art. 1010).

4º)— Para el ejercicio de las acciones posesorias especiales basta la posesión actual.

Acción de obra nueva.— Antecedente: El antecedente de la acción de obra nueva se encuentra en la "operis novi nuntiatio" del derecho romano.

En el derecho romano, la denuncia de obra nueva se encaminaba a la suspensión provisional de las obras consistentes en edificaciones. Con la "operis novi nuntiatio" no se pedía más, pues si el constructor continuaba los trabajos y concluía la obra, el perjudicado debía interponer una acción distinta denominada "opere restituendo", para pedir el restablecimiento del estado de cosas anterior a la edificación.

El carácter preventivo de la denuncia de obra nueva se encuentra también en el derecho español y en el antiguo derecho francés, aunque en este último la acción de obra nueva vino a identificarse, según algunos comentaristas, con la complaint, aplicable tanto respecto de obras comenzadas como de obras concluidas.

Naturaleza jurídica.— La acción o denuncia de obra nueva es posesoria en el sentido de que la ley la concede solamente al poseedor. Y es evidente su carácter preventivo.

"Las denuncias de obra nueva son acciones posesorias: pues la posesión, no el dominio, es el fundamento de ellas". (G. J. Serie II, Nº 106).

"Como se deduce del contexto de las disposiciones que regulan esta materia, la denuncia de obra nueva es una acción preventiva que tiende a impedir que se realice el daño que se teme, y por tanto, basta para ejercerla, la existencia de un perjuicio eventual, revelada por los trabajos en que ha emprendido el querellado". (G. J. Serie VI, Nº 15).

Vodanovic, aludiendo a las opiniones de Messineo y de Torrente, expresa: "En el pensamiento de otros, aun cuando la denuncia de obra nueva, también tiende, como las acciones posesorias comunes, a conservar un estado de hecho, se diferencia de estas últimas por su finalidad, que es típicamente cautelar en cuanto mira a prevenir un daño o un perjuicio que pueda derivar de una nueva obra, hasta que posteriormente se acepte el derecho a prohibirla".

Objeto de la acción de obra nueva.— En la doctrina y en las legislaciones se advierten dos sistemas relativos a la acción de obra nueva: el uno, de origen romano, acentúa el carácter exclusivamente preventivo de esta acción especial, cuya única finalidad consiste en la suspensión de la obra nueva que perturba la pose-

sión del denunciante; el otro, identifica la acción de obra nueva con la complaint del derecho histórico francés y, en consecuencia, la aplica tanto respecto de obras en vías de ejecución como de las ya terminadas y le atribuye un doble propósito, a saber: la suspensión de la obra y su destrucción tendiente a restaurar el estado de cosas anterior a la construcción perturbadora.

El primero de los sistemas mencionados, inspirado en la operis novi nuntiatio del Derecho Romano, es seguido por Troplong. También para Aubry et Rau la acción de obra nueva da lugar sólo a la suspensión de la obra denunciada, no a su destrucción; aunque, según esta opinión, bien cabe la destrucción de la obra que se ejecuta en el suelo del denunciante, debido a que para Aubry et Rau este caso queda sometido a la complaint, pues solamente constituye obra nueva la que se construye en el suelo vecino al del querellante.

Nuestra legislación civil, tanto sustantiva como procesal, tiene como antecedente el sistema romano: considera a la denuncia de obra nueva como acción autónoma, le atribuye un carácter estrictamente preventivo y le asigna, como única finalidad, la suspensión de los trabajos en que ha emprendido el querellado. En efecto, según el art. 994 del Código Civil, el poseedor tiene derecho para pedir que se prohiba toda obra nueva que se trate de construir en el suelo de que está en posesión; y los arts. 722 y 723 del Código de Procedimiento Civil disponen que el juez ordenará la suspensión de la obra denunciada o la continuación de la misma si no se sigue perjuicio al denunciante, es decir, si no ha lugar al procedimiento precautorio. Pero no se encuentra disposición alguna que autorice la destrucción de la obra, la que deberá pedirse separadamente.

Obras nuevas denunciables.— Según los arts. 994 y 995, son obras nuevas denunciables, las siguientes:

1º— Las que se trate de construir en el suelo de que está en posesión el perjudicado.

Pero, de acuerdo con los inc. 2º y 3º del art. 994, el poseedor no tendrá derecho de denunciar las obras necesarias para precaver la ruina de un edificio, acueducto, canal, puente, acequia, etc., siempre que se reduzcan a lo estrictamente necesario para ello y que, terminadas, se restituyan las cosas al estado anterior, a costa del dueño de las obras.

Tampoco tendrá derecho para embarazar los trabajos conducentes a mantener la debida limpieza en los caminos, acequias, cañerías, etc.

2º— Las obras que, construidas en el predio sirviente, embarazan el goce de una servidumbre constituida en él.

3º— Las construcciones que se trate de sustentar en edificio ajeno, que no esté sujeto a tal servidumbre.

4º— Toda obra voladiza que atraviesa el plan vertical de la línea divisoria de dos predios, aunque no se apoye sobre el predio ajeno, ni dé vista, ni vierta aguas lluvias sobre él.

Alcance de la enumeración de las obras nuevas denunciables. Don Drago Vodanovic manifiesta que "la enumeración de los arts. 930 y 931 (994 y 995 de nuestro Código) del Código Civil sobre obras nuevas denunciables no es taxativa: señala sólo algunos casos. Pero hay muchos otros". Y cita varios fallos de los tribunales chilenos, en este sentido.

La Corte Suprema del Ecuador ha mantenido el criterio contrario:

En sentencia de 11 de junio de 1902 (G. J., serie I, Nº 119), se lee: "Sobre todo lo cual se observa... 3º Que no es denunciable la obra nueva ni por el uno ni por el otro de los dos motivos últimamente puntualizados, ya porque esa obra no se halla comprendida en ninguno de los casos de los arts. 921 y 922 (actuales 994 y 995) del Código Civil, ya porque no causa perjuicio al denunciante"".

En otro fallo publicado en la G. J., serie VI, Nº 15, se dice: "El Código de Procedimiento Civil vigente ha suprimido los arts. 778 y 779 del Código anterior, que prescribían como denunciables las obras nuevas que causaban perjuicios al poseedor, cualquiera que fuese su naturaleza, sea que consistan o no en edificios, y aunque tales obras no estuvieren en el suelo poseído por el querellante. Restringido así el número de las acciones posesorias especiales y volviendo a prevalecer el sistema consagrado por el Código Civil, para que sea admisible una obra nueva, debe estar necesariamente incluida en cualquiera de los casos previstos en los arts. 921 y 922 (actuales 994 y 995) del Código últimamente citado".

En el mismo sentido se pronunció la Corte en el fallo publicado en la G. J., serie VII, num. 8.

Las obras nuevas denunciables son obras en vías de ejecución, no terminadas.— Así se desprende del contexto de diversas disposiciones legales.

Los arts. 994 y 995 del Código Civil hablan de obras que se trate de construir; es decir, se refiere a obras no terminadas.

Por su parte, el art. 725 del Código de Procedimiento Civil ordena que en las denuncias de obra nueva, el juez dispondrá, en la primera providencia, que se suspenda inmediatamente la obra denunciada; y el art. 726 del mismo Código autoriza al juez para que en determinados casos permita la continuación de la obra.

Ambas disposiciones presuponen que la obra no está terminada, ya que de estarlo, no cabría ordenar ni la suspensión ni la continuación de la misma.

Calidad de la posesión del denunciante de obra nueva.— Para el ejercicio de la acción posesoria especial de obra nueva no exige el código que la posesión del denunciante reúna los caracteres que debe tener la posesión, según el art. 982, para el ejercicio de las acciones posesorias comunes.

Tratándose de la denuncia de obra nueva sólo exige la ley que exista posesión en quien pida la suspensión de obras que le causen daño.

Acción de obra vieja o ruinosa.— La acción a que se refieren los arts. 996 y siguientes, es llamada denuncia de obra vieja, en la legislación procesal.

Las disposiciones del Código Civil, sin embargo, dan a esta acción un sentido y alcance según los cuales debe ser nombrada, con mayor propiedad, acción de obra ruinosa.

El que tema que la ruina de un edificio vecino le cause perjuicio, dice el art. 996, tiene derecho de querellarse al juez, para que se mande al dueño de tal edificio derribarlo, si estuviere tan deteriorado que no admita reparación; o para que, si la admite, se le ordene hacerla inmediatamente; y si el querellado no procediere a cumplir el fallo judicial, se derribará el edificio, o se hará la reparación a su costa.

Las disposiciones precedentes se extenderán al peligro que se tema de cualesquiera construcciones, o de árboles mal arraiga-

dos o expuestos a ser derribados por casos de ordinaria ocurrencia (art. 999).

Se requiere la amenaza de un daño inminente.— La acción de obra ruinosa requiere que exista la posibilidad de un daño inminente y grave. Si el daño que se teme no fuere grave, bastará que el querellado rinda caución de resarcir todo perjuicio que por el mal estado del edificio sobrevanga (art. 996).

Condiciones que debe reunir la acción de obra ruinosa.— Esta acción requiere las condiciones siguientes:

1º)— Inminencia de daño a consecuencia del estado ruinoso de un edificio, de cualesquiera construcciones, o de árboles mal arraigados.

2º)— Vecindad del edificio, del árbol o de la construcción ruinosos.

3º)— Gravedad del daño temido.

Obras que tuercen la dirección de las aguas corrientes.— El art. 1000 contiene otra acción posesoria especial, tendiente a mantener un estado de cosas existente.

Consiste esta acción en pedir que el juez mande deshacer o modificar las obras que alteren el curso de las aguas corrientes de tal manera que se derramen sobre suelo ajeno, o estancándose lo humedezcan, o priven de su beneficio a los predios que tengan derecho de aprovecharse de ellas. La acción se extiende al resarcimiento de perjuicios.

Esta acción especial se aplica, no sólo a las obras nuevas, sino a las ya hechas, mientras no haya transcurrido tiempo bastante para constituir un derecho de servidumbre. Pero ninguna prescripción se admitirá en favor de las obras que corrompan el aire y lo hagan conocidamente dañoso (art. 1001).

Art. 1002.— El que hace obras para impedir la entrada de aguas que no está obligado a recibir, no es responsable de los daños que, atajadas de esa manera, y sin intención de ocasionarlos, puedan causar en las tierras o edificios ajenos.

Esta disposición tiende a proteger a quien ejerce su dominio por medios legítimos.

Art. 1003.— Si corriendo el agua se estancare o torciere su curso, embarazada por cieno, piedras, palos u otras materias, los dueños del agua tendrán derecho para obligar al dueño de la heredad en que esto suceda, a que les permita remover el embarazo, si es que no prefiere hacerlo por sí mismo.

No hay en esta disposición acción posesoria, porque el caso en que se aplica no consiste en ningún acto humano que tienda a alterar un estado de cosas, perjudicando la posesión de otro.

Se trata de una acción especial que favorece al mejor aprovechamiento de las aguas corrientes.

Art. 1004.— Siempre que las aguas de que se sirve un predio, por negligencia del dueño en darles salida sin daño de sus vecinos, se derramen sobre otro predio, el dueño de éste tendrá derecho para que se le resarza el perjuicio sufrido, y para que, en caso de reincidencia, se le pague el doble de lo que el perjuicio importare.

No hay aquí acción posesoria, sino una acción especial para pedir indemnización de perjuicios, de conformidad con los principios de los cuasidelitos.

Art. 1005.— El dueño de una casa tiene derecho para impedir que cerca de sus paredes haya depósitos o corrientes de agua, o materias húmedas que puedan dañarla.

Tiene asimismo derecho para impedir que se planten árboles a menos distancia que la de quince decímetros, ni hortalizas o flores a menos distancia que la de cinco decímetros.

Si los árboles fueren de los que extienden a gran distancia sus raíces, podrá el juez ordenar que se planten a la que convenga, para que no dañen a los edificios vecinos. El máximo de la distancia señalada por el juez será de cinco metros.

Los derechos concedidos en este artículo subsistirán respecto de los árboles, flores u hortalizas plantados; a menos que la plantación haya precedido a la construcción de las paredes.

Estas no son acciones posesorias, sino medidas que aseguran el equilibrado y armónico ejercicio del derecho de dominio por parte de todos los integrantes del conglomerado social.

Art. 1006.— Si un árbol extiende sus ramas sobre suelo ajeno, o penetra en él con sus raíces, podrá el dueño del suelo exigir que se corte la parte excedente de las ramas, y cortar él mismo las raíces. Lo cual se entiende aun cuando el árbol esté plantado a la distancia debida.

Este es otro ejemplo de acción, que no es posesoria, encaminada a lograr el buen ejercicio del derecho de propiedad.

Los comentaristas encuentran en esta disposición un caso en que queda permitida la justicia privada, puesto que se autoriza al dueño del suelo a cortar él mismo las raíces del árbol vecino.

Art. 1007.— Los frutos que dan las ramas tendidas sobre terreno ajeno, pertenecen al dueño del árbol. Este, sin embargo, no podrá entrar a cogerlos sino con permiso del dueño del suelo, estando cerrado el terreno. El dueño del terreno está obligado a conceder este permiso; pero sólo en días y horas oportunas, de que no le resulte daño.

Esta disposición está destinada a conciliar los derechos del dueño de los frutos y los del dueño del suelo. Mediante ella se pueden evitar posibles conflictos.

Art. 1008.— En este artículo tampoco se encuentra una acción posesoria. Tan sólo abre la posibilidad de que se puedan aprovechar aguas, siempre que tal aprovechamiento no lesione el derecho adquirido por otro para servirse de las mismas aguas.

Acción popular.— El art. 1012 dispone que las municipalidades y cualquiera persona del pueblo tendrán, en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transiten por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados.

Alcance de la acción popular.— Su ubicación en el Código demuestra que el alcance de la acción popular queda reducido al ámbito de las acciones posesorias especiales.

Un fallo de la Corte suprema de Santiago observa que la frase incidental "y para la seguridad de los que transiten por ellos", que emplea el art. 948 (1012) de nuestro Código) no limita la acción popular sólo a los transeúntes sino que establece que, además de po-

der ejercitarse en beneficio general, o sea, en favor de los caminos, plazas y demás lugares de uso público, puede hacerse valer en beneficio de los que transitan por ellos, cuando los vecinos sin apropiárselos, pusieren entorpecimientos u obstáculos en las indicadas vías públicas".

Recompensa para el denunciante.— Y siempre que, a consecuencia de una acción popular, haya de demolerse o enmendarse una construcción, o de resarcirse el daño padecido, se recompensará al actor, a costa del querellado, con una suma que no baje de la décima, ni exceda de la tercera parte de lo que cueste la demolición o enmienda o el resarcimiento del daño; sin perjuicio de que, si se castiga el delito o negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad (art. 1012).

La acción popular no obsta al ejercicio de otras acciones.— Las acciones municipales o populares se entenderán sin perjuicio de las que competan a los inmediatos interesados (art. 1013).

Otras acciones populares.— Algunas leyes de carácter administrativo contienen disposiciones tendientes a hacer efectiva la defensa pública de los bienes nacionales o municipales.

El art. 23 de la Ley de Caminos dice: Sin perjuicio de las atribuciones y deberes del Ministro de Obras Públicas, del Director General del Ramo y de las entidades respectivas, todas las autoridades administrativas, provinciales, cantonales y parroquiales, cada una en su jurisdicción, cuidarán de la conservación de los caminos públicos, y, en general, de los servicios de vialidad.

El art. 24 de la misma Ley: Los daños que se produjeren en los caminos públicos o en cualquier servicio de vialidad, serán puestos, por cualquier persona, en conocimiento de las autoridades provinciales o seccionales de Obras Públicas, las que adoptarán las medidas inmediatas para atenderlo.

El art. 25: En general, todo daño causado en los caminos públicos será inmediatamente reparado por su autor.

El art. 26: Cualquier persona podrá remover todo obstáculo construido o colocado en un camino público.

Prescripción de las acciones concedidas en el título XV.— La prescripción de estas acciones no se rige por normas generales, sino que depende de la naturaleza peculiar de cada una de ellas:

1º)— Las acciones concedidas para la indemnización del daño padecido, prescriben al cabo de un año completo (art. 1014).

2º)— Las acciones dirigidas a precaver el daño no pescriben mientras haya justo motivo de temerlo (art. 1014).

3º)— Las acciones dirigidas contra una obra nueva prescriben en un año en cuanto a su ejercicio en juicio sumario.

Después de vencido el año, contado desde que comenzó a ejecutarse la obra nueva, el denunciante o querellante podrá solamente perseguir su derecho por la vía ordinaria.

Pero ni aun esta acción tendrá lugar cuando, según las reglas dadas para la servidumbre, haya prescrito el derecho (art. 1014).

Esto último significa que la construcción en que consiste la obra nueva puede en ocasiones llegar a constituir una servidumbre que el autor de dicha obra adquiere por prescripción. Y las acciones posesorias especiales no tendrán lugar contra el ejercicio de servidumbre legítimamente constituida (art. 1011).

"... la acción de obra nueva, da lugar a prestaciones personales" para que se destruya la obra que se ha mandado a construir y para la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados; "cuya acción personal o ad rem tiene por objeto amparar un hecho, cual es la posesión del demandante, que según el art. 909 (902) del Código Civil, reviste ciertos caracteres de estabilidad... por haber durado más de un año, de un modo tranquilo y no interrumpido...".— Gaceta Judicial. Serie VI, Nº 10.

"El Código de Procedimiento Civil vigente ha suprimido los arts. 778 y 779 del Código anterior, que prescribían como denunciables las obras nuevas que causaban perjuicio al poseedor, cualquiera que fuese su naturaleza, sea que consistan o no en edificios, y aunque tales obras no estuvieren en el suelo poseído por el querellante.— Restringido así el número de las acciones posesorias especiales y volviendo a prevalecer el sistema consagrado por el Código Civil, para que sea admisible una acción de obra nueva, debe estar necesariamente incluida en cualquiera de los casos previstos en los arts. 921 y 922 (994 y 995) del Código últimamente citado".— Gaceta Judicial. Serie VI, Nº 15.

(En el mismo sentido: G. J. Serie VII, Nº 8).

Las disposiciones de los arts. 927 y 928 (1000 y 1001) del Código Civil requieren, para que sea procedente la acción especial posesoria... "que el autor de la obra no la haya ejecutado o ejecute con el designio de adquirir la posesión de las aguas y aprovecharse de ellas; pues que de lo contrario, se estaría en el caso de una acción posesoria ordinaria, y no dentro de la especial creada por dichos artículos".— Gaceta Judicial. Serie V, Nos. 156-157.

1º— Suprimidos en el Código de Procedimiento Civil los arts. 778 y 779 que constaban en la edición anterior a la codificación correspondiente al año 1952, se restringió el número de las acciones posesorias especiales y, volviendo a prevalecer el sistema consagrado por el Código Civil, para que sea admisible una acción de obra nueva, ésta debe estar incluida necesariamente en cualquiera de los casos previstos en los arts. 1000 y 1001 (1001 y 1002) del Código Civil vigente.— Gaceta Judicial. Serie IX, Nº 10.

Juicio Velázquez Cevallos — Quintero Briones.

Quito, enero 15 de 1958.— ... "5º) La construcción de obra nueva origina la acción posesoria especial que establecen los arts. 922 y 923 (994 y 1000) del Código Civil, y para su ejercicio es requisito indispensable que el actor tenga la posesión del suelo donde se levanta esa obra y que con ella se trate de turbar dicha posesión. En el presente juicio, aunque Y. V. de Velázquez es poseedora del solar... el demandado S. Briones al sustituir la pared de caña con la de ladrillo y cemento que ha construido, no está consumando ningún atentado contra la posesión de la demandante, porque él reconoce que es arrendatario y tenedor del inmueble y que compelido por la Sanidad hizo la reparación del piso bajo de la casa habitada; y si es discutible su calidad de tenedor, Y. V. de Velázquez no podía perder ni sufrir menoscabo alguno en la posesión del solar mencionado, de acuerdo con el art. 757 (759) del Código citado. 6º) Trátase, pues, de relaciones jurídicas que han surgido en virtud de un contrato como el de arrendamiento, extrañas al concepto de acción posesoria derivada de la construcción de obra nueva, relaciones jurídicas que, previstas por los arts. 1996 y 1997 (1903 y 1904) del referido Código, darían lugar a acciones completamente diversas entre arrendador y arredantario".— Gaceta Judicial. Serie IX, Nº 1.

"Las denuncias de obra nueva expresadas en los arts. 921 y 922 (994 y 1000) del Código Civil, deben referirse a obras materiales y aparentes que, por consistir o no en edificios causen perjuicio al poseedor".— Gaceta Judicial. Serie V, Nº 5.

No es denunciable la obra nueva ...que "no se halla comprendida en ninguno de los casos de los arts. 921 y 22 (994 y 995) del Código Civil y que no cause perjuicio al denunciante".— Gaceta Judicial. Serie I, Nº 119.

Las denuncias de obra nueva son acciones posesorias; pues la posesión, no el dominio es el fundamento de ellas. Art. 921 (994) del Código Civil.— Gaceta Judicial. Serie II, Nº 106.

No cabe, en los casos de obra nueva, que ésta se considere como una incidencia de servidumbre establecida.— Gaceta Judicial. Serie V, Nº 7.

"La denuncia de obra nueva es una acción preventiva que tiende a impedir que se realice el daño que se teme, y, por tanto, basta para ejercerla la existencia de un perjuicio eventual revelada por los trabajos en que ha emprendido el querellado".— Gaceta Judicial. Serie VI, Nº 15.

Quito, mayo 7 de 1959.

"VISTOS: Graciela Game de Mitchel demanda al Banco de Préstamos: 1º) La inmediata suspensión y luego el derrocamiento de la pared que dicha Institución está levantando que embaraza el goce de su propiedad y especialmente los derechos de luz, tránsito y vista, y que ha ocasionado deterioros en la pared perteneciente a la actora, pared que está en peligro de caerse... Se considera: 4º) La pared fue levantada por el Banco de Préstamos en el relleno de la quebrada Almagro, quebrada que servía antes de lindero al terreno del mismo Banco. La obra nueva denunciada no está ocupando, pues, el suelo perteneciente a la actora, y por lo mismo no tiene fundamento alguno su reclamo sobre la perturbación que ha sufrido en el goce de su propiedad ya que, según el inciso 1º del art. 922 (994) del Código Civil, es indispensable que el poseedor sufra perjuicio con la obra construida en el suelo de que está en posesión, para que sea procedente la demanda a que se refiere el art. 725 (727) del Código de Procedimiento Civil. 5º) Tampoco consta que el cerramiento hecho por el Banco embarace el goce de servidumbre alguna constituida a favor de la demandante, que es otro de los casos que da lugar a la acción de obra nueva, conforme al inciso 1º) del art. 993 (995) del Código Civil. Y tratándose de las servidumbres de luz y de vista, a que se refiere la actora, es inconcebible que, aun en el caso de estar constituidas, pueda experimentar menoscabo alguno su derecho para gozar ampliamente de tales beneficios con una pared de escasa altura, ubicada a muchos metros de distancia de su casa y en diverso plano horizontal... Por lo expuesto... se declara improcedente la acción de obra nueva...".— Gaceta Judicial. Serie IX, Nº 5.

"En los casos de obra nueva, no cabe que ésta se considere como una incidencia de servidumbre establecida, porque ella, la obra, da lugar, por sí misma, a la acción de su nombre, sea que se refiera a una construcción de nueva planta, sea que modifique o altere otra preexistente".— Gaceta Judicial. Serie IV, Nº 7.

"Las acciones posesorias especiales, entre las que figura la de obra nueva, concedidas en el Título XIV (Título XV) del Libro II del Código Civil, son procedentes según el art. 941 (1014) no sólo para la indemnización del daño padecido, sino también cuando haya justo motivo de temerlo, siendo en este último caso imprescriptibles".— Gaceta Judicial. Serie VI, Nº 8.

No es aceptable la denuncia de obra nueva hecha por el que goza de

una servidumbre, si éste, a pesar de la obra, continúa en el pleno goce de aquella.— Gaceta Judicial. Serie I, Nº 133.

No obsta, a la tramitación de la acción posesoria de obra nueva, la circunstancia de que la obra se haga en la pared medianera existente.— Gaceta Judicial. Serie V, Nº 7.

No se puede aceptar en juicio de obra nueva una acción que se dirija, sustancialmente, a conservar o recuperar la posesión; así como, viceversa, tampoco se puede aceptar en juicio de amparo de posesión o despojo, la querella contra una obra emprendida sin intención de poseer el inmueble, aunque dicha obra sea denunciable en razón del perjuicio que cause o del daño que amenace.— Gaceta Judicial. Serie V, Nº 132.

Quito, 17 de noviembre de 1965.— VISTOS: "... 3º) En general, la cuantía de un juicio se determina por el valor de la cosa o prestación que se exige; pero en el de obra nueva, cuya demanda tiene por objeto impedir que se construya una obra cuando viene a turbar la posesión de un derecho o de una servidumbre, lo exigido no tiene por sí mismo, un valor susceptible de apreciación pecuniaria. De allí que, en algunas legislaciones modernas, atenta la naturaleza específica de las acciones posesorias, se dispone expresamente la competencia de los jueces de mayor cuantía para conocer y resolver las querellas de amparo y restitución, la demanda de obra nueva y la denuncia de obra ruinosa. Entre nosotros, juicio de mayor cuantía es el que versa sobre un asunto que vale ocho mil sucres o más, aunque lo que se reclame sea inferior a esta cantidad; pero si la demanda versa sobre derechos de valor indeterminado, como sucede en el juicio de obra nueva, es del caso aplicar lo prescrito en el inciso 2º del art. 68 del Código de Procedimiento Civil, en orden a la competencia del juez provincial y a la concesión de recursos, sin considerar al efecto el valor de los predios colindantes, ni el de la pared divisoria de los mismos y menos aún el de la obra denunciada. Por lo expuesto no ha lugar a la excepción de incompetencia alegada, en razón de la cuantía.— Gaceta Judicial. Serie X, Nº 13.

Quito, 18 de septiembre de 1968.— VISTOS: "... El art. 99 del Código Civil, dispone que el poseedor tiene derecho a pedir que se prohiba toda obra nueva que se trate de construir en el suelo de que está en posesión. Son pues, presupuestos de esta acción posesoria especial: a) posesión actual del suelo al que se contrae la obra denunciada; posesión que no necesita la anualidad indispensable para las acciones posesorias que trata el Título XIV del Libro II del Código Civil. Para esta clase de acciones posesorias especiales requiere la Ley, simplemente, la posesión actual del inmueble; y b) manifiesto procedimiento de construir una obra, o construcción no terminada, lo cual implica la existencia del acto inequívocamente dirigido a su realización o la obra misma aún no concluida. Las locuciones empleadas por el legislador, conocedor del léxico, sabio y perspicuo en el mencionado artículo "que se prohiba toda obra nueva que se trate de construir", con clarísima

expresión sitúa la obra denunciable a la que está en trance de construirse, puesto que los vocablos "trate de construir", impide toda otra interpretación. Además, de la inflexión del verbo que contiene la indicada disposición legal, la sistematización que sobre el juicio de obra nueva da el Código de Procedimiento Civil, que en todos sus pasajes se refiere, es la confirmación de lo estatuido en el Código Civil. Así el art. 717 ordena que "el juez dispondrá en la primera providencia, que se suspenda inmediatamente la obra denunciada y el art. 718, que para el caso de no resultar perjuicio al querellante, en virtud de lo observado en la inspección realizada, el juez "autorizará su continuación", sin que en ningún pasaje de la Ley se refiera siquiera a obras construidas. Son pues presupuestos de la acción posesoria de obra nueva: la actual posesión, por un lado, y existencia de una obra no concluida, o por lo menos manifiesta acción dirigida a ello, por otro.— Gaceta Judicial. Serie XI, Nº 3.

Quito, a 12 de julio de 1968.— VISTOS: "... 2º) Como esta Sala ha resuelto en repetidos fallos, de acuerdo con el texto de la ley, con la doctrina y con la finalidad de este interdicto, la acción de obra nueva constituye una mera medida precautoria. Por tanto, es obvia condición para su procedencia que no se trate de obras ya concluidas, porque si la construcción se halla ya terminada, la denuncia carece de sentido y finalidad, no sólo porque no se puede suspender aquello que ya ha llegado a su término, sino porque la sentencia que se expidiera no tendría aplicabilidad ni surtiría efectos jurídicos positivos. La acción de obra nueva no tiende a reparar, extinguir los efectos o sancionar el atentado posesorio; lo que busca es detener una iniciada situación de hecho para permitir que, antes que la cosa se haya consumado, puedan las partes, dentro de otro juicio idóneo por su objetivo, hacer valer sus derechos, ya en una verdadera acción posesoria o ya en recurso petitorio.— Gaceta Judicial. Serie XI, Nº 5.

Quito, 2 de septiembre de 1966.— VISTOS: "... 1º) La frecuencia con que los jueces provinciales y los tribunales de segunda instancia desnaturalizan el objeto y el alcance de la acción de obra nueva obliga a la Sala, por haberse repetido el caso en el presente juicio, a la siguiente dilucidación: La finalidad de esta acción, esencial y exclusivamente precautoria, se limita a conseguir, si la demanda es procedente por la forma y por el fondo, que se impida judicialmente la prosecución de la obra denunciada como nueva; y sólo esto. Obtenida la suspensión de la obra por medio de este interdicto, que ha cumplido con ello su única finalidad, podrán el actor o el demandado intentar cualquier otra acción ya sea para probar el uno el derecho de propiedad, si fuere el caso, sobre el suelo en que estaba edificando la obra suspenddia, derecho que no se discute en la acción de obra nueva que es sólo posesoria; ya sea para reclamar el otro la demolición de la obra ilegalmente iniciada o la indemnización de los perjuicios sufridos y que, justamente, para evitar un daño mayor y a veces irreparable, permite la ley que sea suspendida, como un procedimiento previo, mediante el mecanismo de la denuncia de obra nueva...".— Gaceta Judicial. Serie XI, Nº 2.

En los juicios posesorios, la equivocación del actor "en la denominación de la acción, no produce el efecto de desechar la demanda, según el art. 733 del Código de Procedimiento Civil, sino más bien el de amparar la posesión del demandante, dictando en la sentencia las órdenes que se estimen necesarias para restituir las cosas al estado anterior al hecho que motivó la querella. Este principio legal se extiende también a la obra nueva, porque de ella se trata en la sección referente a los juicios de conservación y recuperación de la posesión y de obra nueva y obra vieja".— Gaceta Judicial. Serie VIII, Nº 5.

"Como se deduce del contexto de las disposiciones que regulan esta materia, la denuncia de obra nueva es una acción preventiva que tiende a impedir que se realice el daño que se teme, y por tanto, basta para ejercerla, la existencia de un perjuicio eventual, revelada por los trabajos en que ha emprendido el querellado".— Gaceta Judicial. Serie VI, Nº 15.

Quito, a 26 de noviembre de 1964.— VISTOS: "... 3º) La sentencia venida en grado consigna que la acción de obra nueva no era la indicada para el caso, pero la acepta porque "conforme prevé el art. 730 del Código de Procedimiento Civil, no podía rechazarse la demanda porque de los hecho alegados y probados aparece que se ha violado el derecho de posesión del actor y el juez se hallaba obligado a ordenar la destrucción de la cerca que turbaba el goce de tal derecho". La Sala debe empezar por referirse a este punto de la sentencia recurrida para situar debidamente la acción deducida, para analizar cómo se trabó la litis y para apreciar con lógica las pruebas. La demanda contiene la denuncia clara, precisa y formalmente correcta de una obra nueva: la colocación de una cerca de alambre de púas en suelo del que pretende estar en posesión el actor. Este hecho que, en verdad, sería atentatorio contra la posesión alegada, le facultaba al presunto poseedor para elegir entre la acción de conservación de la posesión, ya que ésta fue turbada, o la denuncia de obra nueva, ya que se trataba de una obra que se pretendía levantar en suelo del que se alega estar en posesión. En efecto, eligió libremente esta última, la dedujo en forma legal, citó las disposiciones que en el Código Civil y en el de Procedimiento regulan esta acción y, finalmente, pidió, no la restitución o conservación de la posesión, sino, "por tratarse de obra nueva... que el señor Victoriano Ontaneda a quien demando, suspenda la cerca que se halla construyendo". No podían los jueces o tribunales cambiar la acción que libre y correctamente había intentado el actor, argumentando, —desacertadamente, por otro lado, que la acción de obra nueva no era la indicada para el caso, ni aplicar el art. 730 del Código de Procedimiento Civil, ni disponer la destrucción de la cerca que turbaba el goce de la posesión, si el actor se había limitado a pedir, dentro del único y esencial objetivo de la acción de obra nueva, la suspensión de la cerca que se estaba construyendo.— Gaceta Judicial. Serie X, Nº 10.

Los trabajos de explotación de una mina, lejos de originar la acción

de obra nueva, ya que esos trabajos no constituyen obra que, por causar perjuicio al poseedor, pueda mandarse destruir o reformar, darían lugar a la de conservar la posesión de la mina.— Gaceta Judicial. Serie V, Nº 5.

Si la acción deducida es de las comprendidas en el inciso 2º del art. 922 (995), el actor está obligado a justificar que la obra nueva denunciada constituye un ataque al derecho que ejerce sobre la pared divisoria, no sujeta a la servidumbre de medianería.— Gaceta Judicial. Serie VII, Nº 4.

Si se demanda la reconstrucción de la pared divisoria y medianera y, en subsidio, la destrucción de la obra nueva denunciada, tal demanda por su propia naturaleza, encierra la acción posesoria de obra nueva de que tratan los arts. 921 y 922 (994 y 995) del Código Civil.— Gaceta Judicial. Serie IV, Nº 7.

"El poseedor tiene derecho a que se prohiba toda obra nueva que se trate de construir en el suelo de que está en posesión, al tenor de lo prescrito en el art. 921 (994) del Código Civil, para impedir que nadie se haga justicia por sí mismo y para que se proteja judicialmente el hecho de la posesión, que es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño —art. 688 (734)— contra los actos ilícitos de quienes pretenden interrumpir el curso de la prescripción adquisitiva; habiendo con esa finalidad establecido los pretores romanos la posesión ad interdicta con prescindencia de la acción reivindicatoria que versa sobre el derecho de propiedad, ya que única y exclusivamente la posesión es el fundamento de los interdictos".— Gaceta Judicial. Serie VI, Nº 10.

"El escrito en que se pide ordenar la inmediata suspensión de la obra en él indicada, y proceder a la inspección respectiva, contiene una demanda por acción posesoria".— Gaceta Judicial. Serie III, Nº 161.

Quito, a 8 de septiembre de 1962.— VISTOS: "... 4º) Dados estos antecedentes y atentas las claras disposiciones consignadas en el art. 1010 inc. 1º del Código Civil, no es improcedente la demanda, que pudo intentarse contra todos juntos o contra cualquiera de los demandados, siempre que haya de enmendarse la obra que reclama el actor, de conformidad con el art. 1570 del mismo Código, ya que se trata de una obligación indivisible que debe satisfacerse en el todo, como es la reparación de la servidumbre de acueducto: siendo especialmente aplicable el art. 28, inc. 1º de la Ley de Aguas, por el que el dueño de una acequia podrá ser obligado a construir, en cualquier tiempo, los puentes y canales necesarios para el servicio del predio sirviente, y las demás obras indispensables no sólo para evitar que caigan en su acueducto las aguas de que hiciere uso, sino cualquier otro perjuicio que a dicho fundo se le ha ocasionado: disposición que está concebida en términos generales, haya o no culpabilidad o negligencia de los demandados.— Gaceta Judicial. Serie IX, Nº 15.

Quito, mayo 7 de 1959.

"VISTOS: Graciela Game de Mitchel demanda al Banco de Préstamos y por él a su Gerente: 2º) El corte de las raíces y ramas de los árboles que están penetrando en el terreno de la demandante... Se considera... 6º) En cuanto al corte de las raíces y de las ramas de los árboles que exige también la demandante, y que es materia de la acción posesoria especial mencionada por el art. 1004 (1006) del Código Civil, los peritos informan que aunque existen árboles de eucalipto contiguos a la muralla oriental del predio de Graciela Game de Mitchel, sus ramas no se extienden a este predio y sus raíces no ofrecen peligro actual... Por lo expuesto... se deniega por infundada la (acción) que se refiere a los árboles ya mencionados".— Gaceta Judicial. Serie IX, Nº 5.

Quito, a 11 de julio de 1966.— VISTOS: "... Para resolver se observa... 2º) Aunque los actores no citan la disposición del Código Civil en que se base la acción de obra nueva, del contexto de la demanda se colige que se remiten al art. 999, porque se pretende que la demandada se hallaba construyendo una obra en terrenos del que los demandados estaban en posesión. Y estos dos elementos: construcción de una obra —la pared— por parte de Delia v. de Castro, y posesión por parte de Carmen Avalos v. de Robalino y de sus hijos del suelo que, parcialmente, ha sido ocupado por la pared construida por la demandada, se encuentran plenamente probados, y, aún más, ni siquiera han sido objeto de discusión. Pero lo esencial del presente juicio no radica en esto, sino en las circunstancias alegadas por la viuda de Castro de que la pared que se hallaba construyendo era medianera, y venía a reemplazar a otra división igualmente medianera pero vetusta, y que la obra denunciada como nueva se empezó a construir no sólo con el consentimiento de la actora, sino previo acuerdo entre ellos.— 3º) Obviamente, es de la esencia de la acción de obra nueva que la obra denunciada pertenezca e interese solamente al querellado y no al poseedor, porque de lo que se trata en este juicio es de suspender, de detener una construcción que implica un atentado contra la posesión del querellante. Si lo que se está construyendo es una pared medianera, y aun en el supuesto de que con ésta se estuviese ocupando solamente el terreno poseído por uno de los condueños, podría éste intentar contra el otro condómino cualquier otro recurso judicial para obtener la rectificación o la indemnización a que pueda tener derecho, pero no la acción de obra nueva, porque ésta, en el fondo y en relación con el querellante, supone necesariamente una obra ajena en suelo propio; y en caso de medianería como el alegado, el poseedor del suelo es a la vez propietario de la obra.— 4º) Y aun cuando no fuere el caso de una pared medianera, tampoco procede la aludida acción cuando la obra se ha estado construyendo en suelo ajeno, pero con el consentimiento del poseedor del terreno. La acción de obra nueva, que es un peculiar y especialísimo amparo posesorio, trata de evitar que se consuma un atentado contra esa situación de hecho que es la posesión, trata de evitar la arbitrariedad en el estado de cosas establecido; mas si la obra se ha empezado a realizar en suelo del que otra persona es el poseedor, pero con el consenti-

miento de ésta, aún más, previo acuerdo con ésta, inclusive en cuanto a la participación económica de uno y otro en la construcción de la obra, es evidente que no hay atropello, que no hay arbitrariedad, que no hay atentado contra el poseedor del suelo y, por consiguiente, no tiene sentido y cabida la acción de obra nueva... Y si la existencia de la medianería, a falta de títulos expresos, puede establecerse, según el Código Civil, por señales exteriores idóneas y aun por presunciones (arts. 913 y 914), la declaración espontánea y fidedigna hecha ante un juez civil —y bien pudo serlo por mera escritura privada y aun verbalmente por parte de dos de los condueños del predio, de que la pared que le separaba del predio vecino era medianera, confirmada, además, por el reconocimiento inobjetable del resto de condueños al permitir el derrocamiento de la pared antigua y la ya avanzada construcción de la nueva pared que reemplazaba a aquella, como aparece probado plenamente en este juicio, no permite dudar que los actores reconocían que dicha pared era medianera; y este reconocimiento es lo único que interesa para el caso —porque, como ya se ha dicho, no se trata de la constitución original del derecho de medianería—, y no requiere de forma solemne y peculiar alguna.— Gaceta Judicial. Serie XI, Nº 1.

Quito, 29 de septiembre de 1970.— VISTOS: ... Primero: La acción de obra nueva es una medida meramente precautoria que tiende a dejar las cosas en el estado en que se encontraban al momento de presentarse la denuncia para evitar que se consuma el atentado posesorio que pretende sufrir el reclamante, dando ocasión para que, en juicio posterior y separado pueda éste intentar la acción posesoria que le asista, la de conservación o la de recuperación. Por ello, en la querella de obra nueva, en la primera providencia se dispone la suspensión provisional de la obra denunciada como nueva; y necesariamente la sentencia no puede tener otro sentido que éste: o revocar la orden de suspensión denegando la demanda, o aceptarla decretando la suspensión definitiva de la obra denunciada. Se equivocó, por tanto, la actora el proponer querella de obra nueva, y pedir como objeto de ésta un pronunciamiento judicial extraño a la simple finalidad suspensiva que a este juicio compete.— Gaceta Judicial. Serie XI, Nº 11.

Quito, 22 de junio de 1972.— VISTOS: Para resolver se considera: 1º) Tanto la sentencia expedida en primera instancia, como la venida en grado, aceptan la acción de obra nueva, refiriéndose no a las cercas, sino a la casa o covacha que manifiestan no estar terminada, ya que le faltaban la colocación de una puerta... Ninguno de estos fallos se refiere en forma alguna a las cercas, que según la inspección realizada por el juez de la causa están solamente terminadas y que son las obras denunciadas en el libelo. 2º) El escrito de demanda ni siquiera menciona al denunciar la obra nueva la relacionada casa o covacha, pues la denuncia de la demanda se refiere a las cercas y no a otra cosa... Como los hechos contenidos en la demanda en relación con el derecho que se cree violado son los que debe contener y considerar la sentencia, tomando en cuenta las excepciones presentadas

por el demandado, claro está que los fallos expedidos tanto en primera como en segunda instancia se apartaron de los hechos contenidos en el libelo. El numeral 3º del art. 74 del Código de Procedimiento Civil ordena que la demanda debe contener los fundamentos de hecho y de derecho, expuestos con claridad y precisión; y no puede ser de otra manera, puesto que así el demandado puede ejercitar su derecho de defensa en relación a los antecedentes de la demanda... 4º) Requisitos indispensables para la procedencia de la acción de obra nueva nueva: a) posesión actual de la cosa en la que un tercero trata de construir la obra. La posesión actual bien puede no haber durado el año que requieren las acciones posesorias de recuperación y conservación de la posesión; b) que la obra no esté terminada; pues las expresiones que emplea el art. 994 del Código Civil: "... toda obra nueva que se trate de construir en el suelo de que está en posesión", necesariamente conduce a la mencionada aseveración; y c) que la acción se deduzca dentro del año, a contarse desde el atentado posesorio. De modo que la actora tuvo la obligación de probar su posesión actual sobre el suelo donde se efectuaba la obra denunciada; en virtud de que la demandada negó los fundamentos de la acción debía justificar que las cercas denunciadas trataba de construir la demandada en el terreno poseído por ella... En defitiva la declaración de este único testigo no aporta dato cierto sobre la posesión de la actora en el suelo en que se expresa o se sostiene haber estado en posesión el demandante, ya que la posesión del suelo, según mandato del art. 989 del Código Civil, tiene que justificarse por hechos a que sólo el dominio da derecho, como los de sembrar, cosechar, plantar, etc. Mas la afirmación de haber la actora vivido desde hace 27 años en el terreno que se la pregunta no prueba acto posesorio, o por lo menos es un acto equívoco, puesto que el arrendatario, el partidario o cualesquiera otros tenedores pueden habitar en casa ajena, siendo por lo mismo tal acto equívoco para la justificación del hecho cierto de la posesión. 6º)... Es inaceptable asimismo, que por faltar una puerta a una casa se considere que no está terminada la obra. Cierto es que el juez tiene libertad absoluta de apreciar si una obra está o no concluida, pero no al extremo de que por faltarle una puerta, un enlucido o alguna otra cosa semejante, se crea que el edificio no está terminado. Es necesario considerar qué obra es la que se trata y de una manera general apreciar si tal obra, aunque la falte algún detalle o aditamento, se la pueda considerar como realizada...— Gaceta Judicial. Serie XI, Nº 15.

Quito, 7 de septiembre de 1972.— VISTOS: Para resolver el recurso de tercera instancia... en el juicio de obra nueva... se considera: Primero: Habiendo el demandado negado los fundamentos de la acción de obra nueva estuvo el actor en la obligación de justificar los extremos de la mencionada acción que son, por lo dispuesto en el art. 994 del Código Civil: a) haber estado en posesión del suelo, el que debe singularizar en el libelo; y b) que en el suelo de su posesión se trate de construir la obra nueva denunciada. La posesión del suelo se debe probar con hechos positivos a que sólo el dominio da derecho, tales como los ejemplarizados en el art. 989 del indicado

cuerpo de leyes: de ahí que la posesión de los derechos inscritos no tiene relación alguna para justificar los requisitos de las controversias posesorias de obra nueva, siendo, por lo tanto, lo expuesto en la sentencia de segunda instancia acerca de los títulos de propiedad del actor, impertinentes para la presente causa.— El demandante no ha probado en forma alguna la posesión material alegada en el libelo sobre el suelo donde se ha construido la pilastra de hormigón armado a la que se refiere el escrito de demanda. En efecto, el propio interrogatorio formulado por el actor para la declaración de sus testigos, no justifica esta condición fundamental de la acción de obra nueva, como es la posesión actual sobre el suelo en el que se trata de edificar. La pregunta pertinente dice: "Si igualmente es cierto y le consta al declarante que por esa zanja o, mejor, especie de zanja que recogía las aguas lluvias, siempre se ha entrado al patio de mi mencionada casa; sirviendo, por lo tanto, de zaguán abierto o entrada a la misma". A esta pregunta los testigos contestan afirmativamente; mas, hay que advertir que el hecho de transitar por un sendero, calle u otra vía cualquiera no constituye ni demuestra posesión material del suelo que lo soporta; y, por otro lado, tampoco se ha probado la existencia de servidumbre de aguas lluvias para que se pudiera aplicar la disposición del art. 995 del Código Civil.— Tercero: Tanto de lo expuesto por el Juzgado en la diligencia de la inspección realizada como de los informes de los peritos, se desprende que la columna de hormigón armado está construida junto a la pared de propiedad del actor, en una sección que, al decir del Juzgado ,en la diligencia anteriormente mencionada, se conoce que la tal columna se ha construido sobre el talud natural "que parece ha sido desbancado", sobre el cual no se ha justificado la posesión requerida para la procedencia de la acción de obra nueva.— Gaceta Judicial. Serie XI, Nº 15.

Quito, septiembre 25 de 1972.— VISTOS: E. A. G., acudió ante el Juez Quinto Provincial de Pichincha con el propósito de obtener la suspensión y demolición de la obra nueva... Se considera: Quinta: En el juicio de obra nueva solamente hay dos disposiciones que son inapelables: a) la autorización al querellado para que continúe la obra (art. 723 del Código Adjetivo); y b) el fallo relativo a la querella de despojo previsto en el art. 735...— Gaceta Judicial. Serie XI, Nº 15.

Quito, a 10 de marzo de 1977; las 10 a.m.— VISTOS: En el juicio de obra nueva...., se considera .... SEPTIMO.— Por otra parte, no puede dejar de consignarse en esta resolución que sorprende que el juez de primera instancia en su sentencia, que ha sido confirmada por la Tercera Sala de la Corte Superior de Guayaquil, ordene en la parte resolutiva "que la demandada desocupe los once metros cuadrados del terreno del solar de propiedad de la actora, debiendo retirar por consiguiente los materiales empleados en la parte ocupada ilegalmente", tomando en cuenta que, aun en el caso de haberse probado la posesión actual del terreno por parte de la actora y los demás supuestos que entrañan la procedencia de la demanda,

lo que habría correspondido era tan sólo ordenar la suspensión definitiva de la obra denunciada, pues de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia, la acción de obra nueva constituye una mera medida precautelatoria cuyo único objetivo es suspender la obra objeto de la denuncia, ya que dicha acción no tiende a reparar, extinguir los efectos o sancionar el atentado posesorio, sino detener una iniciada situación de hecho para permitir que, antes que se haya consumado, puedan las partes, dentro de otro juicio idóneo por su objetivo, hacer valer sus derechos, ya en una verdadera acción posesoria o ya en un recurso petitorio....— Gaceta Judicial, Serie XII, Nº 14.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
OMNIUM POTENTIOR EST SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

BIBLIOGRAFIA

Alessandri-Somarriva-Vodanovic: Curso de Derecho Civil.

Antokoletz Daniel: Tratado de Derecho Internacional Público.

Bonfante Pedro: Instituciones de Derecho Romano.

Brugi Biagio: Instituciones de Derecho Civil.

Bustamante Muñoz René: Libro IV del Código Civil, con la jurisprudencia y concordancias.

Claro Solar Luis: Derecho Civil Chileno y Comparado.

Concilio Vaticano II: Carta apostólica Gaudium et Spes.

Enneccerus-Kipp-Wolf: Tratado de Derecho Civil.

Gaceta Judicial de la Corte Suprema del Ecuador.

Guzzetti G. Battista: El hombre y los bienes.

Jéze Gastón: Principios Generales de Derecho Administrativo.

Larrea Holguín Juan: Derecho Civil del Ecuador.

Laurent F.: Principios de Derecho Civil.

Lovato Juan Isaac: Programa Analítico de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano.

Mascareñas-Pellisé Prats: Nueva Enciclopedia Jurídica.

Miguelez-Alonso-Cabreros: Código de Derecho Canónico y Legislación Complementaria.

Niboyet J. P.: Principios de Derecho Internacional Privado.

Peñaherrera Víctor Manuel: La Posesión.

Peñaherrera Víctor Manuel: Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal.

Pescio Victorio: Manual de Derecho Civil.

Planiol-Ripert: Tratado Práctico de Derecho Civil.

Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas.

Revista de la Universidad Externado de Colombia.

Ribadeneira Salazar Alejandro: Obra Jurídica.

S. S. el Papa Juan XXIII: Encíclica Populorum Progressio.

S. S. el Papa Paulo VI: Encíclica Populorum Progressio.

S. S. el Papa Paulo VI: Carta apostólica Octogesima Adveniens.

Salvat Raymundo: Tratado de Derecho Civil Argentino.

Valencia Zea Arturo: Derecho Civil.

Villegas Basavilbaso Benjamín: Derecho Administrativo.

INDICE DE MATERIAS

CAPITULO I.— 75

DE LAS VARIAS CLASES DE BIENES

Cosas y bienes.— Cosas.— Bienes.— Clasificación de los bienes.— Bienes corporales e incorporales.— Bienes muebles e inmuebles.— Bienes corporales inmuebles.— Inmuebles por naturaleza.— Inmuebles por adherencia o incorporación.— Edificios.— Adherencia permanente.— Inmuebles por destinación.— Las corrientes de agua son inmuebles.— Término de la destinación.— Influencia de la voluntad humana.— Bienes corporales muebles.— Muebles por naturaleza.— Muebles por anticipación.— Cosas de comodidad u ornato.— Dos reglas de interpretación.— Bienes consumibles.— Bienes fungibles y no fungibles.— Bienes divisibles e indivisibles.— Bienes principales y accesorios.— Bienes genéricos y específicos.— Bienes singulares y universales.— Universalidad de hecho.— Universalidad de derecho.— El Patrimonio.— Bienes incorporales.— Acciones reales y personales.— Enumeración y clasificación de los derechos reales.— Otra clasificación de los bienes.— Cosas comunes a todos los hombres.

CAPITULO II.— 96

DEL DOMINIO

Definición.— Origen y evolución del dominio o propiedad.— Caracteres del dominio.— Contenido del derecho de dominio.— Elementos personales del dominio.— Elementos reales del dominio.— Extensión espacial del dominio.— Modalidades de la propiedad.— La copropiedad.— Elementos de la comunidad.— Comunidad y Sociedad.— Sistemas.— Comunidad romana.— Comunidad germánica.— La comunidad en los Códigos.— Modalidad de la comunidad.— Comunidad singular y universal.— Comunidad incidental.— Comunidad forzosa.— Explicación doctrinal de la copropiedad.— La propiedad horizontal.— Modos de adquirir el dominio.— Adquisición originaria.— Adquisición derivativa.— Elaboraciones doctrinales relativas a los modos de adquirir.

CAPITULO III.— 116

DE LOS BIENES NACIONALES

Sistema del Código.— Bienes públicos.— Dominio público marítimo.— Mar territorial.— Plataformas o zócalos submarinos.— Playa del mar.— Dominio público terrestre.— Dominio fluvial y lacustre.— Dominio público aéreo.— La órbita sincrónica geoestacionaria.— Extensión del

uso de los bienes públicos.— Bienes del Estado o bienes fiscales.— Declaraciones sobre el derecho del mar.
Dominio público aéreo.— La órbita sincrónica geoestacionaria.— Extensión del uso de los bienes públicos.— Bienes del Estado o bienes fiscales.— Declaraciones sobre el derecho del mar.

CAPITULO IV.— 136

DE LA OCUPACION

Elementos de la ocupación según nuestro Código Civil.— Diversas clases de ocupación.— Caza y pesca.— Estudio de los Arts. 652 y 653.— Animales domesticados.— Abejas y palomas.— Reglas especiales aplicables a la caza y a la pesca.— Animales domésticos.— Ocupación de cosas inanimadas.— Sustancias que arroja el mar.— Cosas abandonadas.— Tesoro.— Calidad jurídica del tesoro.— Apropiación del tesoro.— Cosas perdidas.— Captura bélica.— Guerra aérea.

CAPITULO V.— 151

DE LA ACCESION

Definición.— Accesión de frutos.— Excepciones.— Productos y frutos.— Ejemplos.— Frutos civiles.— Calidad jurídica de los frutos.— Accesión continua.— De las accesiones del suelo.— Aluvión.— A quién pertenece el terreno de aluvión.— Avulsión.— Efectos jurídicos de la avulsión.— Inundación.— Mutación del álveo de un río.— Nueva isla.— Otros casos de accesiones de inmuebles.— De la accesión de una cosa mueble a otra.— Adjunción.— Efectos de la adjunción.— Determinación de la cosa principal y de la accesoria.— Especificación.— Naturaleza jurídica.— Sistema del Código ecuatoriano.— Pertenencia de la nueva obra.— Mezcla.— Efectos de la mezcla.— Disposiciones comunes y aplicables a las accesiones de una cosa mueble a otra.— Primera: separación y entrega de la cosa.— Segunda: restitución de una materia equivalente.— Tercera: presunción de consentimientos.— Cuarta: efectos del error y de la mala fe.— Accesiones de cosas muebles a inmuebles.— Se edifica, planta o siembra con materiales ajenos en suelo propio.— Se edifica, planta o siembra con materiales propios en suelo ajeno.— Edificación, plantación o siembra efectuadas por quien no es dueño del suelo ni de los materiales.

CAPITULO VI.— 178

DE LA TRADICION

Definición.— Sistema francés.— Sistema alemán.— Caracteres y aplicaciones de la tradición.— Entrega y tradición.— Elementos de la tra-

dición.— Corpus.— Animus.— Requisitos para la validez de la tradición.— Tradente y adquirente.— Caso en que el tradente no es dueño de la cosa.— Facultad de enajenar.— Capacidad de adquirir.— Consentimiento del tradente y del adquirente.— Validación retroactiva de la tradición.— Vicios del consentimiento en la tradición.— Fuerza y dolo.— Error.— Error de derecho.— Error en la especie.— Error en la persona.— Error en el título.— Título traslaticio de dominio.— Entrega de la cosa.— Tradición de derechos reales en cosas corporales muebles.— Tradición real.— Tradición ficta.— Tradición simbólica.— Tradición longae manus.— Tradición brevis manus.— Tradición por cláusula de constituto.— Tradición de derechos reales sobre inmuebles.— Objeto del registro.— Organización y régimen del registro.— Títulos, actos y documentos que deben registrarse.— Procedimiento de las inscripciones.— Tradición de las servidumbres. Tradición del derecho de herencia.— La doctrina.— La jurisprudencia.— Tradición de los derechos personales.— Efectos de la tradición.— Modalidades que afectan a la tradición.— Condición suspensiva.— Condición resolutoria.— Condición resolutoria tácita.— Reserva del dominio hasta el pago del precio. Venta con reserva de dominio.

CAPITULO VII.— 204

DE LA POSESION

Consideraciones preliminares.— Concepto de posesión.— Tenencia y posesión: teorías.— Otros planteamientos.— Sistema del Código ecuatoriano.— Posesión y propiedad.— Tenencia y mera tenencia.— Estatuto jurídico de la mera tenencia.— Régimen jurídico de la mera tenencia.— Efectos de la mera tenencia.— Precario.— Utilidad de la posesión.— Cosas que son susceptibles de posesión.— Diversas clases de posesión.— Posesión regular.— Justo título.— Clases de títulos justos.— Títulos constitutivos.— Títulos translativos.— Títulos declarativos.— Sentencias judiciales.— Las transacciones.— Títulos injustos.— Título falsificado.— La buena fe.— El error y la buena fe.— Error de hecho.— Error de derecho.— Tradición.— Posesión irregular.— Posesiones viciosas.— Posesión violenta.— Posesión clandestina.— La posesión es un hecho.— Consecuencias de este principio.— Agregación de posesiones.— Presunciones que se admiten en materia posesoria.— Presunción de posesión.— Presunción de dominio.— Presunción de buena fe.— Presunción de mala fe.— Presunción de continuidad de la mera tenencia.— Presunción relativa al tiempo intermedio.— La intervención de la posesión.— Antecedente histórico.— La intervención en el Código ecuatoriano.— El poseedor se convierte en mero tenedor.— Cambio de la tenencia en posesión.— Otro caso de cambio de tenencia en posesión.— Conclusiones.— De los modos de adquirir, de conservar y de perder la posesión.— Adquisición de la posesión.— Excepciones.— La posesión de la herencia.— Adquisición de la posesión por medio

de otro.— Intervención de mandatarios y representantes legales.— Intervención de mandatarios y representantes legales.— Intervención de un agente oficioso.— De la conservación de la posesión.— De la pérdida de la posesión.— Régimen legal aplicable a la adquisición y conservación y pérdida de la posesión de bienes inmuebles.— Inmuebles no inscritos.— Inmuebles inscritos.— Posesión ficticia.— Artículos que integran el sistema de la posesión inscrita.— Valor de la inscripción.— La competente inscripción.— La reforma de 1956.— La Codificación de la Comisión Legislativa.— Situación legal anterior a la reforma.— Situación legal posterior a la reforma.

CAPITULO VIII.— 249

DE LA PRESCRIPCION

Consideraciones preliminares.— Ubicación en el Código.— Prescripción adquisitiva.— Fundamento y utilidad.— Caracteres jurídicos.— Requisitos de la prescripción.— Prescriptibilidad de la cosa.— Posesión de la cosa.— Calidades que debe reunir la posesión.— Posesión no interrumpida.— Interrupción natural.— Efectos de la interrupción natural.— Interrupción civil.— Efectos de la interrupción civil.— Clases de prescripciones adquisitivas.— prescripción ordinaria.— Incapaces.— Cónyuges.— Herencia yacente.— Susprescripción adquisitiva ordinaria contra título inscrito.— Suspensión de la precsripción ordinaria.— Incapaces.— Cónyuges.— Herencia yacente.— Suspensión de la prescripción entre cónyuges.— Estudio comparativo de la interrupción y de la suspensión de la prescripción.— Prescripción adquisitiva extraordinaria.— El Art. 2434.— Prescripción adquisitiva de los otros derechos reales.— La herencia.— Las servidumbres.— Prescripción y jurisdicción.— La prescripción adquisitiva no surte efectos de pleno derecho.— Renuncia de la prescripción.— Alcance de la renuncia.— Renuncia expresa o tácita.— Facultad y capacidad para renunciar la prescripción.— Situación del fiador relativamente a la renuncia de la prescripción.

CAPITULO IX.— 272

DE LAS LIMITACIONES DEL DOMINIO

De la propiedad fiduciaria.— Propiedad fiduciaria y sustituciones.— Origen y evolución histórica.— Las sustituciones en el Código.— Definiciones.— Objeto del fideicomiso.— Constitución del fideicomiso.— Donación revocable.— Donación irrevocable.— Inscripción.— Elementos personales del fideicomiso.— Constituyente.— Fiduciario.— Existencia del fiduciario.— Pluralidad de fiduciarios.— Falta de designación del fiduciario.— Fideicomisario.— Pluralidad de fideicomisarios.— Conjuntos.— Sustitutos.— Falta de designación del fideicomisario.— Existencia del fideicomisario.— La condición.— Plazo y condición.—

Asignaciones condicionales.— Diversas especies de condiciones.— Suspensiva y resolutoria.— Expresa y tácita.— Posibles e imposibles.— Positivas y negativas.— Conjuntas y alternativas.— Estado de la condición.— Caso en que existe doble gravamen.— Distinción entre el fideicomiso y el usufructo.— Derechos y obligaciones del fiduciario.— Estado o situación más común.— Goce arbitrario de la propiedad fiduciaria.— Libre disposición de la propiedad.— Tenedor fiduciario.— Doble calidad en una misma persona.— Derecho de acrecer entre fiduciarios.— Enajenación y transmisión de la propiedad fiduciaria.— Derechos y obligaciones del fideicomisario.— Mera expectativa.— Petición de providencias conservatorias.— Pronunciamiento sobre la imposición de gravámenes.— Pago de las expensas extraordinarias.— Extinción del fideicomiso.— Por la restitución.— Por la resolución del derecho de su autor.— Por la destrucción de la cosa en que está constituido.— Por la renuncia del fideicomisario.— Por faltar la condición.— Por confundirse la calidad de único fideicomisario con la de único fiduciario.

CAPITULO X.— 298

DEL DERECHO DE USUFRUCTO

Antecedentes.— Definiciones.— Objeto del usufructo.— Usufructo ordinario.— Cuasi usufructo.— Usufructos legales.— Carácter sui géneris de los usufructos legales.— Usufructos voluntarios.— Constitución del usufructo.— Constitución testamentaria.— Constitución por acto entre vivos.— Carácter del acto constitutivo.— Inscripción del usufructo que recae en bienes raíces.— Modos de constituir un usufructo.— Modalidades del usufructo.— Usufructo simple y múltiple.— Derecho de acrecer.— Sustitutos.— Duración del usufructo.— La condición en el usufructo.— Usufructos sucesivos o alternativos.— Derechos del usufructuario: facultad de uso.— Facultad de goce.— Bosques.— Minas.— Ganados o rebaños.— Frutos civiles.— Influencia de la voluntad de los interesados.— Facultad de administrar.— Facultad de hipotecar el usufructo.— Facultad de arrendar y ceder el usufructo.— Objeto de la cesión.— Facultad de disponer del objeto del usufructo.— Facultad de defender el usufructo.— Facultad de reclamar ciertas indemnizaciones.— El usufructo voluntario es embargable.— Los usufructos legales.— Obligaciones del usufructuario.— Inventario y caución.— Dispensa de la caución.— Exención legal de la caución.— Objeto de la caución.— Inventario.— Falta de inventario y caución.— Caución juratoria.— Caución posterior.— Obligación de recibir la cosa en el estado en que se encuentre.— Obligación de respetar los arriendos de la cosa.— Obligación de conservar la forma y substancia de la cosa.— Forma y substancia.— Lo que dispone el Código.— Debe gozar de la cosa como un buen padre de familia.— Expensas de conservación y cultivo.— Cargas periódicas.— Intereses.— Restitución de la cosa.—

Derechos del nudo propietario.— Disposición de la cosa.— Hipoteca de la cosa.— Intervención en ciertos juicios posesorios.— Percepción de ciertos frutos pendientes.— Intervención en la formación del inventario.— Cobro de intereses por determinadas inversiones.— Cobro de indemnizaciones.— Derecho al tesoro descubierto.— Demanda de la terminación del usufructo.— Ejercicio de acciones reales.— Ejercicio de acciones personales.— Obligaciones del nudo propietario: Obras o refacciones mayores.— Respeto de los derechos del usufructuario.— Extinción del usufructo.— Llegada del día o cumplimiento de la condición.— Muerte del usufructuario.— Resolución del derecho del constituyente.— Consolidación del usufructo con la propiedad.— Prescripción.— Renuncia del usufructuario.— Destrucción completa de la cosa.— Sentencia del juez.— Extinción del cuasi usufructo.

CAPITULO XI.— 324

DE LOS DERECHOS DE USO Y DE HABITACION

Definición.— Naturaleza jurídica.— Evolución.— Determinación de la cuantía.— Constitución del derecho de uso.— Reglas propias del uso y de la habitación.— Caución e inventario.— Administración.— Responsabilidad del usuario y del habitador.— Expensas.— El uso y la habitación son intransferibles e intransmisibles.— El uso y la habitación son impostergables.

CAPITULO XII.— 328

DEL PATRIMONIO FAMILIAR

Consideraciones generales.— Aspectos patrimoniales del régimen familiar.— Antecedente histórico.— Concepto de patrimonio familiar.— Naturaleza jurídica.— Limitación del dominio.— Derecho de goce común.— Objeto del patrimonio familiar.— Quiénes pueden constituir patrimonio familiar.— Beneficiarios del patrimonio familiar.— Constitución del patrimonio familiar.— Administración del patrimonio familiar.— Requisitos para la validez de la constitución del patrimonio familiar.— Ampliación.— Oposición de los acreedores.— La acción del Art. 867.— Quiénes pueden ejercer la acción rescisoria.— Extinción del patrimonio familiar.

CAPITULO XIII.— 341

DE LAS SERVIDUMBRES

Consideraciones preliminares.— Definición.— Elementos de la servidumbre.— Dos aspectos de la servidumbre.— Predios de distintos dueños.— Objeto de las servidumbres.— Gravamen y utilidad.— La servi-

dumbre como derecho.— Caracteres de las servidumbres.— Son accesorias.— Son indivisibles.— Son perpetuas.— Clasificación de las servidumbres.— Continuas y discontinuas.— Positivas y negativas.— Aparentes e inaparentes.— Las clasificaciones anteriores pueden combinarse.— Clasificación de las servidumbres por su origen.— Servidumbres principales y accesorias.— Obras necesarias para ejercer la servidumbre.— No puede alterarse la servidumbre.— De las **servidumbres naturales.**— El Art. 889.— Uso de las aguas corrientes.— Aguas que corren por camino público.— De las servidumbres legales.— Servidumbres legales relativas a la utilidad de los particulares.— **Demarcación.**— Naturaleza de la acción demarcatoria.— Demarcación y reivindicación.— Requisitos de la demarcación.— Dos predios contiguos.— Predios de distintos dueños.— Predios urbanos o rústicos.— Falta de linderos legalmente establecidos.— Caracteres de la demarcación.— Es acción real.— Es operación contradictoria.— Es operación declaratoria.— Es imprescriptible.— Es acción recíproca.— Quién puede proponer la acción demarcatoria.— Contra quién se ejerce la acción demarcatoria.— Objeto de la demarcación.— Restablecimiento de mojones.— Cerramiento.— Diversas clases de cerramientos.— **Medianería.**— Definición legal.— Naturaleza jurídica.— Objeto de la medianería.— Medianería de paredes.— Medianería de otros cerramientos.— Facultad para adquirir la medianería.— Derechos resultantes de la medianería.— Ejercicio de estos derechos.— Arboles comunes.— El Art. 912.— Servidumbres legales propiamente dichas.— Consideraciones generales relativas al tránsito y al acueducto.— **Tránsito.**— Naturaleza jurídica.— Supuesto de la servidumbre de tránsito.— En qué predio o parte del predio se ha de establecer la servidumbre legal de tránsito.— Indemnización.— Servidumbre accesoria de tránsito.— Extinción de la servidumbre de tránsito.— **Servidumbre de acueducto.**— Naturaleza jurídica.— Disposiciones pertinentes de la Ley y del Reglamento de Aguas.— **Servidumbre de luz y de vista.**— Concepto general de luces y de vistas.— Antecedente histórico.— Luces y vistas legales.— Luces y vistas voluntarias.— Consideraciones generales.— Sistema del Código Civil ecuatoriano.— Servidumbres legales de luz y de vista.— Alcance jurídico de las disposiciones relativas a las luces y a las vistas legales.— Resumen.— Servidumbres voluntarias de luz y de vista.— Situación jurídica derivada de las servidumbres voluntarias de luz y de vista.— Caracteres.— Extensión del gravamen de las luces y de las vistas constituidas mediante convenio.— Extensión del gravamen de las luces y de las vistas adquiridas por prescripción.— Conclusión.— **Aguas lluvias y desagüe de los techos.— De las servidumbres voluntarias.**— El Código no las enumera.— Cómo se establecen las servidumbres voluntarias.— Por título.— Quien puede establecer una servidumbre voluntaria.— El copropietario.— Fiduciario.— Nudo propietario.— Quién puede adquirir una servidumbre voluntaria.— Destinación anterior.— Prescripción.— Sentencia del juez.— Prescripción adquisitiva y extintiva de un modo particular de ejercer la ser-

vidumbre.— De la extinción de las servidumbres.— Regla aplicable a la conservación de la servidumbre.— La servidumbre puede cesar y revivir.

CAPITULO XIV 395

DE LA REIVINDICACION

Definición.— Requisitos.— Qué debe probar el reivindicador.— Situación del demandado.— Qué cosas pueden reivindicarse.— Cosas muebles e inmuebles.— Cosas corporales e incorporales.— Petición de herencia y reivindicación.— Reivindicación de cuota.— Reivindicación de muebles comprados en establecimientos en que se vendan cosas de la misma especie.— Reivindicación de títulos de crédito.— ¿Son reivindicables los títulos de crédito?— Quién puede reivindicar.— La acción reivindicatoria propiamente tal corresponde al dueño.— Puede reivindicar cualquier propietario.— La acción del Art. 958.— Contra quién se puede reivindicar.— Actual poseedor.— Mero tenedor.— Acción contra el que dejó de poseer.— El poseedor estuvo de buena fe.— El poseedor estuvo de mala fe.— Naturaleza de la acción establecida contra el que dejó de poseer.— Acción de dominio contra el heredero.— Providencias destinadas a dar seguridad a la cosa que se reivindica.— Cosas muebles.— Cosas inmuebles.— Embargo de lo que se debe al poseedor que enajenó la cosa.— **Prestaciones mutuas.**— Restitución de la cosa.— Cosas comprendidas en la restitución.— Obligaciones del poseedor relacionadas con los frutos de la cosa.— Pago de los gastos de custodia y conservación.— Obligaciones del reivindicador.— Expensas necesarias.— Mejoras útiles.— Mejoras voluptuarias.— Regla aplicable a la separación de los materiales.— Tiempo en que se considera la buena fe.— Prueba de la buena o mala fe.— Derecho de retención en favor del poseedor vencido.— Injusto detentador de la cosa.

CAPITULO XV 423

DE LAS ACCIONES POSESORIAS

Consideración general.— Contribución del derecho histórico en materia posesoria.— Derecho romano.— Derecho canónico.— Derecho germánico.— Derecho francés.— Fundamento de las acciones posesorias.— Las acciones posesorias en el Código Civil ecuatoriano.— Acciones posesorias comunes.— Definición.— Acciones posesorias y petitorias.— Las acciones posesorias están limitadas a los bienes raíces.— Las acciones posesorias están vinculadas a la posibilidad de prescribir.— Objeto de las acciones posesorias comunes.— Acción conservatoria.— Acción recuperatoria.— Comparación de las acciones conservatoria y recuperatoria.— Revelación del ánimo de dueño.— Elementos personales de la contienda posesoria.— El heredero en la contienda posesoria.— Posesión apta para el ejercicio de las acciones posesorias comu-

nes.— Posesión tranquila.— Posesión no interrumpida.— Interrupción natural de la segunda especie.— Interrupción civil.— Suspensión.— Posesión de un año.— Agregación de posesiones.— Posesión material.— Prescripción de las acciones posesorias.— La prueba en las acciones posesorias.— No se toma en cuenta el dominio.— Prueba de la posesión de los derechos inscritos.— Valor de la sentencia dictada en el juicio posesorio.— Acción de despojo violento o querella de restablecimiento.

CAPITULO XVI 448

DE ALGUNAS ACCIONES POSESORIAS ESPECIALES

Reglas comunes a todas las acciones posesorias especiales.— Acción de obra nueva.— Naturaleza jurídica.— Obras nuevas denunciables.— Alcance de la enumeración de las obras nuevas denunciables.— Las obras nuevas denunciables son obras en vías de ejecución, no terminadas.— Calidad de la posesión del denunciante de obra nueva.— Acción de obra vieja o ruinosa.— Se requiere la amenaza de un daño inminente.— Condiciones que debe reunir la acción de obra ruinosa.— Obras que tuercen la dirección de las aguas corrientes.— Art. 1002.— Art. 1003.— Art. 1004.— Art. 1005.— Art. 1006.— Art. 1007.— Art. 1008.— Acción popular.— Alcance de la acción popular.— Recompensa para el denunciante.— La acción popular no obsta al ejercicio de otras acciones.— Otras acciones populares.— Prescripción de las acciones concedidas en el Título XV.

BIBLIOGRAFIA 469

ESTE LIBRO ES PROPIEDAD DEL SIB-UCE

SU VENTA ES PENADA POR LA LEY

ESTE LIBRO ES PROPIEDAD DEL SIB-UCE

SU VENTA ES PENADA POR LA LEY


UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
OMNIUM POTENTIOR EST SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO