

tada por los romanos para justificar la institución de la *usuca-pio* (1) y podemos aceptarla, siquiera como causa primera que provocó históricamente la aparición de la institución, si bien la verdadera intrínseca justificación de la adquisición se basa según la más moderna concepción de la propiedad en el principio del trabajo y de una efectiva exteriorización de la voluntad y del señorío.

Tres son los requisitos de la prescripción adquisitiva: una cosa capaz (*res habilis*), o sea, apta para ser adquirida por usucapión; la posesión de la misma con ciertas condiciones; el tiempo establecido en la ley, es decir, la duración de la posesión por un tiempo determinado.

a) No todas las cosas son susceptibles de ser adquiridas por prescripción. Se hallan excluidas las cosas extra comercio, como las demaniales (art. 2.113); no son susceptibles: el fundo total y las cosas todas que pertenezcan a los menores no emancipados, a los sujetos a interdicción por enfermedad mental, a los militares en servicio activo y en tiempo de guerra (art. 2.180). Fuera del campo del derecho de propiedad y entre los derechos reales en cosa ajena, se exceptúan las servidumbres discontinuas y en las continuas las no aparentes (art. 630). La limitación más notable es la del principio, que en orden a las cosas muebles la posesión vale como título (art. 707); tal principio—que en derecho francés, dada su amplitud, hace aplicable la *usucapión* sólo a las cosas inmuebles—hace que en nuestro Derecho no se aplique este modo de adquirir a las cosas muebles poseídas de buena fe para las cuales no precisa el transcurso del tiempo, sino que basta para que surja la propiedad la adquisición de la posesión (2).

prescripción ordinaria la relación se reduce a una mera sucesión cronológica, hay algo más que ésta en la prescripción decenal en que es necesario un título; el cual, si bien no basta para la adquisición, constituye su base indispensable. La categoría de los modos derivativos y de los originaarios no deja lugar a la usucapión.

(1) Gayo, fr. 1. D. 41. 3. *Bono publico usucapio introducte est, ne silicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium.*

(2) Esto ha hecho decir a muchos autores que en orden a los mue-

Quedan excluidas de este modo la mayor parte de las cosas muebles, no pudiendo hablarse de prescripción si no es respecto a las cosas extraviadas o robadas y a las poseídas de mala fe (1).

Precisa la posesión de la cosa, pero no basta una posesión cualquiera. Dejando para su lugar oportuno el precisar el concepto de posesión, baste ahora tener presente que lo que se requiere es la posesión legítima (art. 2.106) que tenga los caracteres indicados en el art. 686 (continua, no interrumpida, pacífica, pública, no equívoca y con ánimo de tener la cosa como propia). No es suficiente, pues, la simple detención o posesión natural en la que falta el ánimo de tener la cosa como propia. De esto se deduce que no pueden prescribir en su favor los simples detentadores o poseedores precarios, es decir, los que poseen en nombre ajeno, como son el arrendatario, el depositario y el usufructuario; poseen éstos la cosa en virtud de un título que les obliga a restituirla a aquel de quien la recibieron; poseen por cuenta de este último y se halla excluida la posibilidad de un *animus domini*. Lo cual vale también para sus sucesores a título universal, porque como tales se sitúan en la misma relación que tenían aquéllos con la cosa (art. 2.115). Por largo que sea el tiempo de esta posesión, no es posible jamás la adquisición. Ni serviría de nada el tener la intención de haber la cosa como pro-

bles se daría una *prescripción instantánea*, frase que puede dejarse pasar como expresión figurada para poner de manifiesto la inmediata adquisición de la propiedad en el poseedor de buena fe pero que es errónea y antijurídica si se quiere designar con ella una forma de prescripción porque en el concepto de prescripción figura el del transcurso de un cierto tiempo que aquí falta por completo.

(1) Un fenómeno completamente opuesto se verifica en aquellas legislaciones que habiendo adoptado el sistema de los libros fundiarios para la propiedad inmobiliaria exigen (como ocurre en los sistemas germánicos) la inscripción en los registros inmobiliarios como condición para la adquisición de la propiedad y de los demás derechos reales sobre inmuebles; en ellas la usucapión de inmuebles tiene mucha menos importancia y viene o totalmente excluida o limitada en su aplicación a casos excepcionales. Según el Código civil alemán, por ejemplo, sólo excepcionalmente puede ser aplicada la prescripción adquisitiva a los inmuebles en los casos y con el procedimiento indicados en el § 927.

pia, porque este *animus* es inconciliable con el título que les obliga a restituir; si al poseedor, en nombre ajeno, le fuese lícito, mediante un simple acto de volición interna, transformar en posesión verdadera y propia la posesión precaria, se abriría la puerta a las más inicuas expoliaciones, no pudiendo aquel en cuyo nombre se posee reconocer tal *animus* y oponerse a él. Es, pues, la condición precaria de naturaleza perpetua; dura en tanto subsiste la obligación de restituir.

El principio que aquí impera en forma de aforismo tomado de las fuentes romanas (1): *nemo sibi causam possessionis mutare potest* (2) es el contenido en el art. 2.118, que declara que no se puede prescribir contra el título en el sentido que nadie puede cambiar con respecto a sí mismo la causa y el principio de su posesión.

Pueden éstos adquirir por prescripción cuando el título de su posesión haya cambiado, o por causa de un tercero, o por la oposición que ellos mismos hicieren al propietario (art. 2.116); esto es, cuando haya habido alteración en el título. Y ello ocurre cuando, por ejemplo, al tenedor de la cosa sea ésta transferida en propiedad por un tercero que no era propietario de la misma (hecho proveniente de un tercero), o bien que el tenedor, alegando la propiedad de la cosa, contradiga palmariamente el derecho del propietario mediante una declaración de voluntad o mediante actos unívocos y concretos encaminados a excluir al propietario del ejercicio de su derecho. En condición muy distinta están los sucesores a título particular de los poseedores precaristas y aquellos a quienes éstos hayan cedido la cosa a título de propiedad; cuando tengan buena fe, la adquisición por prescripción es posible, no verificándose aquí la plena substitución o subrogación que se opera en la sucesión universal (art. 2.117).

Precisa, finalmente, una cierta duración en la posesión (*continuatio possessionis*), el transcurso de determinado tiempo. Su

(1) Ver fr. 3. § 19, D. 41. 2; fr. 19. § 1. D. cód.

(2) Sobre esto véase De Ruggiero, *Nemo sibi causam possessionis mutare potest* (en *Dir. prat. di dir. priv.*); Schlossmann, *Nemo sibi etc.* (*Zeitschr. der Sav. Shft.*, XXIV, 1903, pág. 13 y siguientes); Cornii, *Traité de la possession*, pág. 153 y siguientes.

duración depende de la determinación legal; el legislador se inspirará al fijar el término en la importancia económica, en la mayor o menor facilidad que tenga el propietario en un territorio más o menos vasto de conocer la iniciada usucapión de su cosa y de interrumpirla reclamándola, en la consideración de que tal conocimiento es más difícil entre ausentes que entre presentes, etc. Esto explica la variedad en la historia de la institución de los términos para la usucapión; bastaba un bienio para los inmuebles, un solo año para las demás cosas, según los términos de las XII Tablas; precisaban tres años para las cosas muebles, diez años entre presentes y veinte entre ausentes para los inmuebles en el Derecho justiniano; diez, veinte o treinta años según el Código francés (artículos 2.262-2.265) que acogió la antigua distinción de la prescripción entre presentes y ausentes y sólo la conoce en orden a los inmuebles; nuestro Código admite sólo dos términos (treinta o diez años) (artículos 2.135-2.137), habiendo rechazado la distinción indicada, aplicando a las cosas inmuebles y muebles el primer término y exclusivamente a los inmuebles el segundo (1).

Dos especies de prescripción se reconocen en nuestro Derecho civil y las caracteriza no sólo la diversidad del tiempo, sino también la diversidad de los requisitos de la posesión que, como es claro, deben ser más rigurosos para la más breve.

I. *Prescripción de treinta años.*—Son requisitos de ésta la posesión legítima y el transcurso de treinta años. Cuando concurren estos dos elementos, nada más se requiere para que se adquiera la propiedad u otro derecho real. No precisa en el prescribente, ni título ni buena fe, porque el transcurso de los

(1) Sobre la oportunidad de abreviar (también para la prescripción extintiva) los términos que fijados en un tiempo en que siendo menos rápidas y fáciles las comunicaciones, era necesario dejar al propietario un largo tiempo para que tuviese noticias de la posesión ajena y reclamar la cosa de quien se hallase en vías de usucapirla, aparecen hoy excesivamente largos en la prescripción de treinta años; estamos de acuerdo con Scialoja, *Per l'abbreviazione dei termini della prescrizione* (*Riv. dir. civ.*, I, 1909, pág. 3 y siguientes), que ha indicado éste como uno de los puntos de nuestro Código que reclaman reforma.

treinta años sana el defecto del uno o de la otra. Con fórmula amplísima y considerándola como prescripción extintiva, el artículo 2.135 dice de la prescripción de treinta años: «Todas las acciones, así reales como personales, prescriben con el transcurso de treinta años sin que pueda oponerse en contrario el defecto de título o de buena fe». Al efecto extintivo único que se pone en relieve en la disposición corresponde paralelamente el efecto adquisitivo; la propiedad, extinguiéndose, se extingue en el precedente propietario, pero es adquirida por el otro. Se aplica tanto a los inmuebles como a las cosas muebles en los límites (para estas últimas) en que no rige el principio del artículo 707. Y es esta, a decir verdad, una singular y extraña anomalía en un sistema en que, como en el nuestro, a la propiedad mobiliaria se reserva, frente a la inmobiliaria, un puesto secundario en la tutela jurídica; las cosas muebles son tratadas lo mismo que las inmuebles, mientras en otras legislaciones antiguas o contemporáneas se establece para las primeras un término más breve (1), y hasta resulta más riguroso el régimen de aquéllas si se tiene en cuenta que para los inmuebles hay una prescripción de diez años.

II. *Prescripción decenal.*—La prescripción decenal, establecida solamente para la adquisición de la propiedad o de otro derecho real sobre un inmueble, se funda también en una posesión legítima, pero requiere además dos condiciones: un título transscrito y la buena fe. «Quien adquiere de buena fe, dispone el art. 2.137, un inmueble u otro derecho real sobre un inmueble, en virtud de un título que haya sido debidamente transscrito y que no sea nulo por defecto de forma, realiza la prescripción en su favor con el transcurso de diez años, a partir de la fecha de la transcripción». El requisito de la transcripción de título explica por qué esta prescripción no sea aplicable a las cosas muebles; la existencia del título y de la buena fe explica el por qué la ley estima suficiente un término más breve.

(1) Por ejemplo, el Código civil alemán (§ 937) limita a diez años la prescripción para los muebles; el español, art. 1.955 a tres o a seis, según que la posesión sea o no de buena fe.

Ahora, estos dos ulteriores requisitos—con cuyo concurso la posesión asume una de las formas más perfectas, y caracterizándose como posesión de buena fe, produce los más amplios efectos jurídicos que puedan surgir de la posesión misma—si bien se complementan recíprocamente, no siendo la *bona fides* otra cosa que la integración ética de la *iusta causa* (1), y son elementos de un concepto único (2), son distintos y deben valuarse y apreciarse en su esencia distintamente (3).

a) *Título o justa causa* es la relación con el transmitente que sería en sí apto a justificar la adquisición de la propiedad, si un vicio no la impidiese, la causa capaz en abstracto de transferir el dominio y que es la base y justificación de la adquisición de la posesión legítima. Es, en otros términos, el hecho externo que expresa cómo la posesión actual ha surgido de la precedente sin lesionarla (4). No hay que confundirlo con el elemento material y tangible, con el documento que comprueba la relación y que se suele llamar título en el lenguaje vulgar (5); es una nota o elemento externo al concepto del título el que en la prescripción decenal se requiera un título escrito por requerirse la transcripción del mismo (6).

Pero esto aún no basta para que el título sirva de fundamen-

(1) Ver Bonfante, *Essenza della bona fides e sus rapporto con la teoria dell'errore* (*Bull. ist. dir. rom.*, VI, pág. 85 y siguientes); *Note ulteriori sul giusto titolo e sulla buona fede* (*Rend. Ist. Lomb.*, XXXIX, 1906, pág. 781 y siguientes); ver ahora *Scritti giur.* II, págs. 708-749 y siguientes.

(2) Windscheid, *Pand.* I, 2. § 178, núm. 8.

(3) Venezian, *L'errore di diritto e il possesso si buona fede* (*Giur. it.* 1906, IV, pág. 367).

(4) Ferrini, *Pand.* § 316, pág. 412.

(5) En la terminología francesa se suele entender por tal el documento probatorio del negocio jurídico. Crome, *Par. gen.*, § 21, pág. 233, número 28.

(6) Varias pueden ser las figuras de la justa causa porque varios son los modos de adquirir. En las fuentes romanas se designan con la partícula *pro*: *pro derelicto*, *pro soluto*, *pro donato*, *pro dote*, *pro emptore*, *pro legato*, *pro suo*, *pro herede*. En los jurisconsultos clásicos se halla la más profunda y aguda elaboración dogmática; ver Bonfante, *Le singole inotae causae usucaptionis e il titolo putativo* (*Riv. it. p. le sc. giur.*, XVII, 1894, página 126 y siguientes, *Scritti giur.*, II, pág. 552 y siguientes.)

to a la prescripción; precisa que no sea nulo por defecto de forma y que haya sido debidamente transcrita.

Se requiere la transcripción para que sea notorio a todos que una adquisición se realizó aunque viciada y que con el transcurso del tiempo pueda llegar a ser perfecta e inatacable. Por esto el decenio no comienza a correr sino el día de la transcripción; omitida ésta, no puede funcionar más que la transcripción de treinta años, que no necesita el título. Dado el amplio concepto de título, en el cual entra incluso la sucesión a causa de muerte, ya sea universal (institución de heredero), ya particular (legado), surgía la cuestión de si puede el acto testamentario servir de base a la prescripción decenal cuando se verificó la transcripción del mismo. La razón de la duda derivaba del hecho que para los actos de *mortis causa* no se requería la transcripción, y por esto se discutía si se podía proceder a ésta y si procediendo serviría la transcripción a los efectos del art. 2.137 (1). Luego de la reforma de la transcripción operada con el Decreto-ley de 6 de Enero de 1918 y 21 de Abril de 1918, la duda no es posible ya; la cuestión se resuelve afirmativamente.

No debe el título ser nulo por defecto de forma, ni absolutamente nulo por vicio esencial. Tal título, no siendo capaz de producir efecto alguno, no podría servir de fundamento a la usuración. Debe, pues, ser la nulidad relativa, como, por ejemplo, los vicios de consentimiento que sanan con el transcurso del tiempo. Es inútil observar que si el título fuese válido intrínseca y extrínsecamente no sería necesario recurrir a la prescripción.

b) *Buena fe* es la conciencia del poseedor, su creencia de no lesionar el derecho del propietario, la convicción de que con su adquisición no vulnera el derecho ajeno (2). Esta conciencia

(1) Sobre este punto, en el que combaten tres opiniones diferentes, ver Pugliese, *Prescrizione Acquis*, números 266, 288; Coviello, *Trascrizione*, I, pág. 316 y siguientes; Mirabelli, *Prescrizione*, números 238, 244; Fiomusi, *Dir. reali*, pág. 237 y siguientes; Venzi en Pacifici, Ist. III, 1, página 394, nota n).

(2) Ver Bonfante, *Essenza della bona fides* (*Bull. Ist. dir. rom.*, VI, página 85 y siguientes); Ruffini, *La buona fede in materia di prescrizione*, Torino, 1892, y el magnífico trabajo de Galgano, *Sull'essenza della buona e*

se manifiesta precisamente en la ignorancia de los vicios del título, y ello revela el nexo íntimo en que están los dos elementos: el título y la buena fe (1). Esta debe apoyarse en un título, porque sin un título no es posible la posesión de buena fe, pero al mismo tiempo deben ser ignorados los vicios del título, porque quien los conociere no podría legítimamente creer que su adquisición no lesiona el derecho ajeno. Esto es precisamente lo que se deduce del art. 701, en que se contiene la definición legal de la posesión de buena fe. «Es poseedor de buena fe quien posee como propietario en virtud de un título hábil para transferir el dominio, cuyos vicios ignora». La doctrina seguida por algunos autores que hacen consistir la buena fe en la creencia de haber adquirido del verdadero propietario, reduciendo el ámbito de la prescripción al que tendría en la adquisición de frutos, debe a nuestro juicio rechazarse (2).

*mala fe*, Roma, 1915, en el que se hace un sutil análisis de los conceptos y de las teorías corrientes; ver también del mismo, *I limiti subativi dell'antica usucapio*, Napoli, 1913 y su refutación por Bonfante, en *Studi per Simoncelli*, pág. 247 y siguientes (*Scritti giur.* II, pág. 683 y siguientes).

(1) Interesante es el proceso, en virtud del cual la *iusta causa usucaptionis* viene poco a poco substituída por la *iusta causa erroris* que es el fundamento de la *bona fides*; ver sobre esta evolución Bonfante, *La iusta causa dell'usucapione e il suo rapporto con la bona fides* (*Riv. it. p. le Sc. giur.*, XV, 1893, páginas 161, 321 y siguientes; ahora *Scritti giur.*, II, pág. 409 y siguientes). En el derecho bizantino, el requisito de la *justa causa* ha desaparecido y viene confundido con la *bona fides*; ver Rotondi en *Atti R. Acc., di Torino*, L, 1914-15, pág. 873 y siguientes.

(2) El argumento que se suele aducir en apoyo de la opinión acogida por nosotros, es que la figura de la posesión de buena fe, constituye para nuestra ley un tipo único y fijo, ya en relación a la usucapión, ya en orden a la adquisición de frutos (art. 703) y al *ius retentionis* por los gastos (art. 706). Es cierto que hay en nuestra ley una marcada tendencia a dar un concepto único de la posesión de buena fe; esto puede afirmarse para el elemento de la buena fe pero no podría decirse lo mismo del título. La valuación que debe hacerse del título en la posesión de buena fe es algo diversa de la que debe hacerse en la adquisición de frutos y en el derecho de retención. Se acentúa en aquella la importancia del justo título que aparece en ella como elemento preponderante; se acentúa en la adquisición de frutos y en la *retentio* la importancia de la *bona fides* subjetiva que es la condición principal y el justo título es necesario sólo

Principios fundamentales de nuestro Derecho en tal materia son, pues: que la buena fe se presume siempre, y que sólo se requiere en el momento de la adquisición (art. 702). Lleva como consecuencia el primero, el que hallándose el poseedor dispensado de la prueba de su buena fe, debe, quien la niega, probar la mala fe del adversario. El segundo se opone al principio seguido y aplicado siempre en Derecho canónico por el cual se exigía que la buena fe perdurase en todo momento de la posesión (*mala fides supervenientis nocet*) (1); de modo que el conocimiento que se tenga, luego de la adquisición, de los vicios del propio título, no determinarían la cesación del curso de la prescripción (2).

en relación a la buena fe. Esto conduce a la consecuencia que a fin de que la posesión sea protegida contra los efectos de la mala fe, respecto a los frutos y a los gastos (restitución de los frutos anteriores a la contestación de la litis, obligación de restituir inmediatamente sin el beneficio de la *retentio*) basta un título cualquiera aunque sea nulo por defecto de forma o de substancia y aun tratándose de nulidad absoluta; ver Marca-dé, *Expl.*, art. 550, núm. 1; Duranton, *Cours.*, IX, núm. 352; Demolombe, *Cours.*, IX, núm. 608; Aubry et Rau, *Cours.*, II, pág. 206; Bianchi, *Corso*, I, número 82; Pacifici, *Ist.*, III, 1, páginas 17 y 38; Tartufari, *Del possesso qual litolo di diritti*, I, núm. 281, pág. 316; Bonfante, *Rend. Ist. Lomb.*, 1906, página 788; *La buona fede cull'acquisto dei frutti e per l'esercizio del ius re-tentionis* (*Foro it.*, 1864, pág. 250) y ahora *Scritti giur.*, II, páginas 748, 759 y siguientes.

(1) Fué el Derecho canónico en efecto el que dió a la buena fe el máximo desarrollo; considerando la mala fe como pecado, no podía ser reconocida en ningún caso y así la buena fe se exigió en la prescripción de treinta años y en todo momento de la posesión. El principio que dominó siempre en Derecho canónico, fué introducido por el concilio lateranense de 1215, *Synodali indicio deginimus ut nulla valeat alsque bona fide praescriptio tam canonica quam civilis; cum sit generaliter omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae alsque mortali non potest observari peccato; unde oportet ut qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae*; ver Decretales de Gregorio IX, 2, 26 de praescr. 20.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.—Sobre prescripción como modo de adquirir, ver artículos 609 y 1.930 del Código civil español.

La prescripción es institución de orden público y en su consecuencia es irrenunciable el derecho de prescribir para lo sucesivo si bien se pueda renunciar a la prescripción ya ganada o realizada (art. 1.935). Esta renuncia de la prescripción consumada viene limitada por el perjuicio de tercero y, por consiguiente, los acreedores y cualquier persona interesada en hacer valer la prescripción podrán utilizarla (art. 1.937).

### § 57.—*Tutela de la propiedad*

Brugi, Ist. §§ 46-47; Pacifici, Ist. III, I, págs. 170, 402; Filomusi, Dir. réali, §§ 44-45; Chironi, Ist. I, §§ 143-146; Zachariae, Man. I, §§ 173, 200-202; Aubry et Rau Cours. II, §§ 219-220 bis; Planiol, Traité I, núm. 2.445 y siguientes; Windscheid, Pand. I, §§ 191-199.

Cuando el señorío que el propietario tiene en la cosa sea discutido por otro, alegando un derecho real en la misma cosa, tie-

En lo referente a prescripción del dominio de bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad, véase art. 1.949.

Sobre prescripción ordinaria y extraordinaria, los artículos 1.940 y 1.959.

Sobre personas capaces para prescribir, art 1.931 del Código civil.

Sobre cosas objeto de la prescripción, art. 1.936. Las cosas muebles hurtadas o robadas no podrán ser prescritas por los que las hurtaron o robaron, ni por los cómplices o encubridores, a no haber prescrito el delito o la falta, su pena y la acción para exigir la responsabilidad civil nacida del delito o falta (art. 1.956).

Los requisitos de la prescripción ordinaria son: buena fe, justo título tiempo.

El poseedor de buena fe lo es al amparo de un título hábil para transferir el dominio y del cual ignora los vicios que le afectan (art. 433 del Código civil español, que concuerda con el 701 del italiano). V. también artículos 1.940 y 1.950.

Justo título es el que legalmente basta para transferir el dominio o derecho real, de cuya prescripción se trata (art. 1.952). El título, para que sea justo, es necesario que sea *verdadero y válido* (art. 1.953). El justo título debe probarse, no se presume nunca (art. 1.954); pero el poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee por justo título y no se le puede obligar a exhibirlo (art. 448).

El tiempo necesario para prescribir el dominio de bienes muebles en el Código civil español, es el de tres años de posesión no interrumpida con buena fe (art. 1.956 del Código civil español). Las cosas hurtadas y robadas pueden ser objeto de prescripción cuando haya prescrito el delito o la falta, o su pena y la acción para exigir la responsabilidad civil nacida del delito o falta según acabamos de indicar al hablar del objeto de la prescripción (art. 1.956 del Código civil español).

El dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, se prescriben por la posesión durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título (art. 1.957).

Sobre el concepto de ausencia a los efectos de la prescripción, véase el art. 1.598.

El tiempo para la prescripción extraordinaria, tratándose de bienes muebles, es el de seis años de posesión no interrumpida, sin condición ninguna, o sea sin buena fe ni justo título (art. 1.955).

El dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles se pres-

ne lugar la protección o tutela jurídica de la propiedad. El tercero puede alegar sobre aquélla un derecho que desconozca por entero el señorío de otro, afirmando ser propietario o puede pretender solamente un derecho parcial; diversos serán los medios de defensa. Para el primer caso, sirve la *acción reivindicatoria*, que tiende al reconocimiento del derecho de propiedad y a la restitución de la cosa por quien ilegítimamente la retiene; en el segundo se utiliza la *negatoria*, que mira al desconocimiento de los pretendidos derechos en la cosa ajena y se propone el declarar ésta libre de restricciones. Al lado de esta tutela que reprime violaciones más o menos graves y rechaza ataques concretos y actuales, figura una diversa forma de protección que puede llamarse preventiva y que tiene lugar cuando se amenaza con un daño en la cosa propia con cosa u obra de un tercero, invocándose el que se adopten por el Magistrado medidas de carácter interino y conservativo para que se aleje el peligro y evite el daño. Tales son las acciones de denuncia y pertenecen a esta clase la *acción de denuncia de obra nueva* y la de *daño temido*. Su función no se limita a proteger solamente el derecho de propiedad; remedios de carácter provisional que no obligan a una indagación sobre el derecho de propiedad y no conducen a providencias definitivas, sino que se proponen remover la amenaza de un daño e impedir el que se perturbe un estado de hecho; sirven al propietario como al poseedor y representan a un tiempo la común defensa de la propiedad y de la posesión (I). Inde-

scriben por su posesión no interrumpida durante treinta años sin necesidad de justo título ni de buena fé y sin distinción entre presentes y ausentes, salvo la expresión determinada en el art. 539. (Se refiere éste a las servidumbres continuas no aparentes y a las discontinuas, sean o no aparentes, que sólo pueden adquirirse por virtud de título a diferencia de las continuas y aparentes que se adquieren también por la prescripción de veinte años.)

Sobre cómputo del tiempo, ver art. 1.960 del Código civil.

(I) Esto ha dado lugar a una viva controversia sobre el verdadero carácter de estas acciones que en otro tiempo se consideraron de naturaleza posesoria y equiparadas a las acciones de conservación y de despojo. Parecería corroborar la opinión de quienes las quieren incluidas entre las posesorias, el hecho de que el Código civil, imitando en esto al austriaco (§§ 340-343) las haya colocado en el título de la posesión (ar-

pendientemente de un ataque o de la amenaza de un peligro, y más propiamente como exteriorización del derecho de propiedad, corresponden al propietario del fundo dos acciones especiales para la fijación de los límites cuando éstos sean inciertos (acción de deslinde), otra, cuando siendo ciertos los límites se quieran fijar signos externos que los den a conocer (acción de amojonamiento); la primera puede eventualmente contener una reivindicación cuando quien la ejercita reclama la entrega de una parte del propio fundo poseída por el vecino.

I) *Reivindicación*.—Es esta la más importante de las acciones reales y la fundamental y más eficaz defensa de la propiedad. Puede considerarse como el exponente de ésta, ya que salvo los casos excepcionales en que la reivindicación no puede realizarse (como, por ejemplo, el de *tignum iunctum*, en que su ejercicio se halla suspendido), por regla general no hay propiedad sin acción reivindicatoria. Su fin es conseguir el reconocimiento del derecho del propietario y obtener la restitución de la cosa; por ello se intenta por el propietario que no posee contra cualquier poseedor o mero detentador; «el propietario de la cosa—declara el art. 439—tiene el derecho de reivindicarla de cualquier poseedor o detentador, salvo las excepciones establecidas en la ley». Dos son, pues, las condiciones a que se subordina su ejercicio: que el actor sea propietario y el demandado sea poseedor o detentador. Pero como no para todas las cosas es procedente la reivindicación, una tercera condición se fija relativa al objeto: ésta debe ser susceptible de reivindicación. Del examen de ésta y de las dos anteriores que constituyen la legitimación activa y

tículos 698 y 699). Ciertamente no son posesorias puesto que no tienen por objeto el conservar o recuperar la posesión. El propio art. 82 del Código de Procedimiento civil que declara que son de la competencia del Pretor, las distingue de las acciones posesorias enumerándolas después de éstas separadamente. Tampoco son petitorias porque no envuelven una cuestión de propiedad. Otros las llaman quasi posesorias, pero el término es impropio porque hace pensar en acciones relativas a la quasi posesión. Lo cierto es que se trata de acciones especiales y provisionales que pueden fundarse tanto en el derecho de propiedad como en la posesión y que sistemáticamente se incluyen en la teoría de la propiedad con la advertencia de que pueden ser ejercitadas también por el poseedor.

pasiva de la *rei vindicatio*, así como del de los efectos que produce, resultará la noción completa de la reivindicación en nuestro derecho (1).

a) *Objeto.*—Respecto a las cosas conviene recordar que mientras en el derecho francés la reivindicación no se aplica por regla general más que a los inmuebles, dado el amplio alcance del art. 2.279, en el nuestro pueden los bienes muebles ser objeto también de ella en virtud del principio más restringido, acogido en el art. 707 (2). Excluidas resultan solamente las cosas muebles particulares poseídas por un tercero de buena fe, es decir, por quien las haya adquirido en virtud de un título apto a trasferir el dominio, ignorando los vicios del título. Las demás todas pueden reivindicarse, y son:

a) *Las universalidades de muebles*, que precisamente el artículo 707 excluye de la norma: «en materia de muebles la posesión vale título», que éstas son únicamente las *universitas facti* como la grey, la pinacoteca, ya lo dijimos en su lugar oportuno. Basta aquí añadir que el actor no debe en orden a ellas demostrar la propiedad de cada uno de los objetos que las componen;

(1) Butera, *La rivendicazione nel dir. civ. comm. e proe.*, Milano, 1911.

(2) A más de los escritos citados más atrás, ver Maierini, *Studio sulla rivendicazione dei titoli al portatore* (*Arch. giur.*, X, 1872, pág. 131 y siguientes); *I titoli al portatore distrutti o smarriti* (*ib.* XV, 1875, pág. 331 y siguientes); Segré, *La ripetizione delle cose mobili secondo gli artículos 707, 709, c. 2.146 c. c.* (*Studi per Lilla*, pág. 327 y siguientes); *La rivendicazione dei titoli al portatore rubati o smarriti* (*Riv. dir. comm.* I, 2, 1903, página 245 y siguientes); *Sull'art. 2.146 c. c.* (*ib.*, pág. 470 y siguientes); *Sull'interpretaz. degli art. 57 Cód. comm. e 707, 708 c. c.* (*ib.* IV, 2, 1906, página 540 y siguientes); *Di nuovo sulla rivendicaz. dei titoli al portatore* (*ib.* V, 2, 1907, pág. 340 y siguientes; VII, 2, 1909, pág. 166 y siguientes); *Rivend. di titoli al portatore* (*ib.* 1916, XIV, pág. 169), Chironi, *La rivendicazione dei titoli al portatore* (*Riv. dir. comm.*, 1908, VI, 1, pág. 1 y siguientes); Barassi, *La rivendic. dei titoli al portatore* (*Riv. dir. civ.*, I, 1909, página 737 y siguientes). Para la reivindicación de los títulos al portador perdidos durante la ocupación de las provincias venetas, ver el Decreto-ley de 1.<sup>º</sup> de Febrero de 1918, núm. 102 y el Real decreto de 21 de Febrero de 1920, núm. 215. Para la reivindicación de las cosas muebles existentes en la Venecia Julia, antes propiedad de italianos, ver el Real decreto de 23 de Febrero de 1920, núm. 44.

basta la prueba de la propiedad de la *universitas*, considerada como un todo, y la reivindicación debe considerarse como única, no como suma de una serie de reivindicaciones parciales relativas a cada una de las cabezas del ganado o de los cuadros de la colección; de esto se deduce que, como no perjudica el hallarse comprendidos en el todo objetos particulares de propiedad ajena, así tampoco no obsta al ejercicio de sucesivas reivindicaciones parciales el haber reivindicado el todo.

β) *Las cosas poseídas con mala fe*, por quien no ignorando el vicio de su título no podría afirmar hallarse en la creencia de que no lesionaba derechos ajenos.

γ) *Las cosas robadas o extraviadas*, aun poseídas por un tercero de buena fe. Es esta la excepción más notable que la ley hace al principio contenido en el art. 707. El vicio de la condición furtiva (y a éste se equipara el de la pérdida o extravío) es, en efecto, tan grave que no consiente consideración alguna en orden a la buena fe de un tercero; es como una nota indeleble que sigue a la cosa dondequiera que se halle, exponiéndola a la acción del propietario. El cual puede reivindicarla de todo poseedor o detentador sin hallarse obligado a entregarles el precio que hayan podido desembolsar; el demandado no tiene más que una acción para obtener la indemnización contra aquel de quien recibió la cosa, contra el ladrón, contra quien la halló o contra aquel a quien éstos la hubieran enajenado (art. 708) (1).

(1) No precisa para que se admita la reivindicación que se dé el hurto criminalmente punible como delito; cuando la sustracción de la cosa no haya sido castigada con sanción penal (ejemplo, a causa de la infancia del ladrón o por efecto de una amnistía) la cosa no pierde por esto su carácter de furtiva. Muy discutida es la cuestión de si fuera del hurto propio o sea de la sustracción fraudulenta de la cosa mediante *contractatio* es admisible la reivindicación por otra figura delictuosa de apropiación indebida de la cosa ajena, como se da en la estafa o en la apropiación de la cosa confiada en custodia al depositario. La opinión dominante es que la norma del art. 708 se debe interpretar en sentido restrictivo y, por tanto, limitadamente al hurto propio en cuanto que ya sea por él, ya por el extravío, el propietario pierde la posesión de la cosa contra su voluntad mientras en los casos de apropiación indebida o de abuso de confianza, el propietario voluntariamente es desposeído de la cosa o corre el

Esta misma excepción resulta templada y derogada en forma que restablece en parte el principio del art. 707.

Resulta templada la norma del art. 708 en la parte que dispensa al propietario reivindicante de la obligación de reembolsar al tercero de buena fe por el art. 709; el cual para proteger la confianza que deben inspirar los mercados y los comerciantes, dispone que si el actual poseedor de la cosa sustraída o extraviada, la haya adquirido en una feria, en un mercado o en una venta pública o de un comerciante que venda objetos semejantes, no puede el propietario obtener la restitución de la cosa, sino reembolsando al poseedor el precio que le costó. Esta obligada protección del tercero a quien el carácter público del lugar o la circunstancia de la adquisición, daban motivo racional de seguridad era justamente reclamada por los Montes de Piedad, expuestos a sufrir daños con las reivindicaciones de cosas robadas o extraviadas recibidas en prenda en el ejercicio de la caridad pública; por ello muy oportunamente el art. 11 de la ley de 4 de Mayo de 1898 ha extendido a estas cosas la norma del art. 709.

2) Deroga el principio de la libre reivindicabilidad de las cosas robadas o extraviadas el art. 57 del Código de Comercio, el cual resolviendo una antigua cuestión que se agitó durante la vigencia del Código anterior estableció que la reivindicación de títulos al portador, perdidos o robados, es admitida solamente contra quienes los hayan hallado o robado y contra quienes los hayan recibido por cualquier título, conociendo el vicio de la posesión. Resulta así restablecida para los títulos al portador, que más que ninguna otra cosa necesitan hallarse libres de obstáculos en los rápidos cambios mercantiles, la norma del artículo 707, exigiéndose para la reivindicación el conocimiento por parte del tercero de la «furtividad» o del extravío.

riesgo de la confianza ajena. Pero a esta se contrapone otra que extiende a estos casos la norma y que ha sido reconocida en algunas sentencias: Segré, *Sulla rivendicazione delle cose mobili* (*Riv. dir. comm.*, V, 2, 1907, página 440 y siguientes); *Sull'eccezione alle irrivendic. ab. delle cose mobili relat. alle cose rubate o smarrita* (*Foro it.*, 1909, pág. 472 y siguientes), y, por último, *Sui casi contemplati dall'art. 708 c. c.* (*Riv. dir. com.*, XVII, 2, 1919, pág. 29 y siguientes).

3) Recibe finalmente una restricción la reivindicabilidad de estas cosas en cuanto al tiempo dentro del cual puede ejercitarse la acción contra el tercero, por lo dispuesto en el art. 2.146, ya que mientras contra el ladrón o el que halló la cosa (que no cumplió la obligación de denuncia y depósito a la autoridad municipal) la acción no se extingue, sino transcurridos los treinta años (correspondiendo a la prescripción adquisitiva de treinta años); contra el tercero, la reivindicación prescribe en el término de dos años, a contar desde el día del hurto o del extravío.

δ) *Las cosas poseídas por quien no es tercero.*—El principio del art. 707 protege solamente al tercer poseedor de buena fe, y tercero, es aquel que resulta extraño a la relación jurídica creada entre otros, que lo es respecto al reivindicante. El depositario, el comodatario, el arrendatario no pueden nunca ser terceros respecto al depositante comodante, o arrendador que reivindique y no podrían por la obligación de restituir que les impone el contrato invocar contra la reivindicación (cuando se procede con esta acción y no con la contractual) el principio del artículo 707.

b) *Legitimación activa.*—Actor sólo puede ser el propietario, porque la orden de restituir la cosa presupone reconocido en el reivindicante el derecho de propiedad. Debe, por tanto, éste ofrecer la prueba de su dominio: y subviene a la imposibilidad de una prueba plena y definitiva en las adquisiciones derivativas (*probatio diabolica*), la institución de la prescripción adquisitiva en virtud de la cual, habiéndose probado que el reivindicante y sus autores han poseído por un tiempo suficiente a usucapir, es inútil cualquiera ulterior demostración del derecho en los autores más antiguos. Pero esta condición sufre una derogación por efecto del principio referente a las cosas muebles: basta, en efecto, para ellas (cuando la reivindicación sea admisible) que se demuestre por el actor reivindicante que él era antes de que la posesión se adquiriese por el demandado un poseedor de buena fe para que la reivindicación resulte bien intentada; la prueba de la propiedad queda absorbida en la prueba de la posesión de buena fe.

Con esta cuestión se enlaza una agitada controversia entre

autores italianos y franceses sobre si a más de la reivindicatoria se admite en el Derecho moderno a semejanza del romano la acción *publiciana*. Era ésta una *utilis rei vindicatio* concedida al poseedor con justo título y buena fe que se hallaba en vía de usucapir y que antes de transcurrir el período legal para la usucapión hubiese perdido la posesión; y era un *actio ficticia* por basarse en la ficción de que el tiempo de la usucapión hubiese transcurrido totalmente, y se le concedía una defensa real contra quien poseyera con título menos válido o sin título (1). Partiendo ahora de la existencia de que el poseedor con justo título y buena fe, no sea dejado sin una defensa petitoria contra poseedores que tengan un título inferior, algunos escritores afirman que la existencia de la *publiciana* no puede ser desconocida en el Derecho moderno (2), y a quien opone que las *actiones ficticiae* no son ya admitidas en nuestro Derecho se objeta que no se trata aquí de una antigua *fictio praetoria*, sino de una tutela basada en el mejor título que frente al demandado poseedor legítimo tenga el actor, antes poseedor con justo título y buena fe. En nuestra opinión, la tentativa de resucitar la *publiciana* no puede decirse que haya tenido éxito; se opone por un lado el silencio del Código y por otro la disposición del art. 439, que concede sólo al propietario la *reivindicatio* y si no se exige la prueba de una propiedad en orden a las cosas muebles, esto deriva de que la posesión se considera sin más como propiedad. Cuando la propiedad no resulte probada, la reivindicación no puede proceder ni útilmente siquiera pueden bastar en nuestro Derecho las defensas posesorias sin concurrir los requisitos necesarios (3).

(1) Vért. VI, D. 2; Gayo IV, 37.

(2) Así por ejemplo, Filomusi, *Dir. reali*, § 45, pág. 146 y siguientes; Ferrini, *Annuario crit.*, II, pág. 154 y siguientes; Gabba, *Foro it.*, 1888, página 1.883 y siguientes; Carusi, *L'azione publiciana*, Roma, 1889, pág. 105; Appleton, *Historie de la propriété pretorienne et de l'action publicienne*, París, 1889.

(3) Brezzo, *Reivindicatio utilis*, pág. 217 y siguientes; Chironi, Ist. I, página 117; Gianturco, Ist., pág. 117; Brugi, Ist., pág. 352; Bonfante, App. al Baudry-Lacantinerie, *Dei beni* (en *Traitt. dir. civ.*) pág. 953 y siguientes, *L'azione publiciane nel dir. civ. (Scritti giur.*, IV, pág. 439 y siguientes); Ascoli, *Inammissibilità della publ. in rem actio nel dir. it.* (*Foro*

c) *Legitimación pasiva*.—Debe el demandado en reivindicación ser poseedor o detentador de la cosa, es decir, tener la *facultas restituendi* y pesa sobre el demandante la carga de la prueba. Cuando el demandado no sea tal o el actor no pruebe que lo sea, la reivindicación no sería aplicable, porque la orden de restitución no podría ser prácticamente ejecutada por el condenado.

A esta norma se reconoce en nuestro Derecho una excepción que deriva del romano. Conocía éste (1) dos casos excepcionales de ejercicio de la *reivindicatio* contra quien no posee (*ficti possessores*): el de quien hubiese dolosamente cesado en la posesión para frustrar la demanda del actor (*qui dolo desiit possidere*) y el de quien simulando la posesión se hubiese presentado como demandado para engañar al actor (*qui liti se optulit*). De estas dos hipótesis una sola, la primera, se halla expresamente prevista por el Código en el art. 439, el cual dispone que si el poseedor o detentador, luego que le fuere notificada la demanda judicial hubiera cesado por hecho propio de poseer la cosa, se halla obligado a recuperarla a sus expensas, y no siendo esto posible, a abonar su valor sin que ello sea obstáculo a que el actor entable de nuevo su acción contra el poseedor o detentador. La condición para ejercitar contra él la reivindicatoria es doble: que haya cesado por hecho propio (dolo o culpa) en la posesión y que la cesación haya ocurrido luego de la demanda judicial. El derecho que en tal caso corresponde al actor es una facultad de elección entre la acción contra quien cesó en la posesión y la acción contra el poseedor actual; la elección y el éxito de una excluye el ejercicio de la otra de modo que, así como luego de obtener el valor del primero no podría proceder en reivindicación contra el poseedor actual, así también obtenida de éste la restitución de la cosa no podría actuar por el resarcimiento contra el otro; lo prohíbe el principio del enriquecimiento injusto. No se halla previsto el otro caso de quien *qui liti si optulit*; pero se

*it., 1911, pág. 1.117 y siguientes); Talassano, Sulla prova delle proprietà (Riv. dir. civ., 1920, pág. 152 y siguientes).*

aplicará el principio de la responsabilidad por hecho ilícito y el actor que pierda podrá accionar contra él para obtener el resarcimiento de daños en base al art. 1.151.

La acción de reivindicación debe intentarse contra quien posee o detenta la cosa; pero el detentador *nomine alieno* puede eludir el juicio indicando la persona en cuyo nombre detenta (*laudatio actoris*) (1) y la reivindicación se dirigirá contra este último, que será demandado en el juicio como verdadero poseedor.

En algunos casos debe hacer la *laudatio*, siendo responsable si la omite para con la persona en nombre de quien detentaba la cosa cuyos títulos o justificantes, por no haberse procedido a la *laudatio*, no pudieron ser sometidos al Juez en el proceso (artículo 1.582)

d) *Efectos*.—Cuando el demandado haya sido condenado en el juicio de reivindicación, el efecto de la condenación es la restitución de la cosa con sus accesorios todos (*cum omni causa*) a aquel que probó su derecho. Deben, pues, con la cosa restituirse los frutos, pero la cuestión se regula diversamente, según sea el poseedor de buena o mala fe. Este se halla obligado a restituir todos los frutos sin distinción alguna de si son *extantes* o *consumpti*, los haya adquirido antes o después de la demanda, y no sólo los *percepti* sino los *percipiendi*. Está obligado el primero a restituir sólo los que haya adquirido después de la demanda (artículo 703), puesto que uno de los efectos de la posesión de buena fe es precisamente el de la adquisición de los frutos y sólo con la contienda la posesión es de mala fe.

En cuanto a las excepciones que contra la acción reivindicatoria puede oponer el demandado, pueden o excluir por completo el derecho del reivindicante o paralizar su ejercicio en virtud del derecho de goce que, compatible con la existencia en el actor del dominio, confieren al demandado el derecho de retener la cosa.

El demandado, a más de ésto, tiene derecho a conseguir el reembolso de los gastos hechos en la cosa o en los frutos. Sin

(1) Ver l. 2. c. 3. 19.

embargo, no todos los gastos son reembolsables ni corresponde su repetición en igual forma al poseedor de buena que al de mala fe.

Uno y otro tienen derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles (art. 1.150), pero para estos últimos sólo cuando la mejora exista al tiempo de la evicción (art. 704) y sólo en la medida de la menor suma de las dos que importan lo gastado y la efectiva mejora (art. 705). No procede el reembolso por los gastos de mero ornato o recreo, pero corresponde al poseedor la facultad de suprimir los adornos y embellecimientos (*ius tollendi*) si con la separación no se origina daño. Lo mismo con respecto al poseedor de buena fe como con relación al de mala fe (artículos 704 y 705) (1).

Hay diferencia en cuanto al modo de ejercitar el derecho a la repetición por los gastos útiles y los necesarios. Al poseedor de buena fe y sólo a él corresponde la retención de los bienes (*ius retentionis*) por causas de mejoras en ellos realmente hechas y subsistentes si han sido hechas valer en el curso del juicio de reivindicación y se probó de alguna manera la subsistencia de las mismas (art. 706) (2).

II. *Acción negatoria*.—Contra las violaciones menores de su derecho se defiende el propietario con la *actio negatoria*, la cual fué conferida en Derecho romano para rechazar las pretensiones de servidumbres existentes en fundo ajeno y llamada así porque

(1) Sobre el reembolso de los gastos hechos en cosa ajena y sobre el *ius tollendi*, Riccobono, *Dal dir. rom. classico al dir. moderno*, págs. 319, 357, 445 y siguientes; Ricca-Barberis, *Il diritto di togliere del possessore* (*Studi per Brugi*, pág. 671 y siguientes); *Le spese sulle cose immobili*, Torino, 1914, núm. 167; Brugi, *Proprietá*, II, 617.

(2) Algún autor sostiene que el *ius retentionis* atribuído expresamente por el art. 706 al poseedor de buena fe por los gastos útiles e implícitamente por los necesarios, deba también corresponder al poseedor de mala fe por estas últimas, siendo análoga la razón que les asiste. Así, por ejemplo, Filomusi, *Dir. reali*, pág. 144, núm. 2. Nosotros creemos que se trata de un beneficio singular concedido en consideración a la buena fe por los gastos necesarios y útiles y que por esto no puede extenderse al poseedor de mala fe. Ver sobre el particular los tratados y monografías recordados por Filomusi.

mediante ella el *dominus* niega el derecho del adversario (1); comprende hoy toda pretensión de derecho real que se alegue en cosa ajena y tiende a rechazar cualquiera especie de lesión o perturbación que atente al libre y exclusivo goce de la cosa por el propietario.

Condiciones de su ejercicio son: que el propietario pruebe su derecho de propiedad y también el haber sido atacado por el demandado, ataque que debe consistir en la pretensión de un derecho real, precisamente porque la defensa tiene un carácter real y no sería ejercitable contra actos perturbatorios que no impliquen tal pretensión. Se deduce, por consiguiente, del principio de que la propiedad es un derecho por naturaleza absoluto y exclusivo y en su consecuencia, cuando el propietario haya probado su dominio, corresponde al demandado probar el derecho sobre la cosa que alega; imponiendo al primero la prueba de la inexistencia del derecho pretendido, se incurriría en el absurdo de la necesidad de una prueba negativa, en tanto la obligación del demandado de probar su pretensión corresponde a los principios generales imperantes en materia de prueba. Objeto de la acción es el hacer declarar la insubsistencia de la pretensión ajena y, consiguientemente, el hacer cesar la perturbación que el ejercicio ilegítimo de la presunta facultad produce al propietario; tiende, por tanto, análogamente a la *rei vindicatio*, a una declaración de libertad de la cosa (*quasi vindicatio libertatis*) y a una reintegración en el goce libre y absoluto de la misma; va acompañada también de una orden de no turbar en lo sucesivo la propiedad ajena (en Derecho romano se añadía una *cautio de amplius non turbando*) y puede seguir también la condena al resarcimiento de los daños.

III. *Acciones relativas a los confines.*—De las acciones que se refieren a los confines, el art. 441 contiene la de fijación de señales o mojones que faculta al propietario a poder constreñir al vecino a establecer a expensas comunes las señales de los lindes

(1) Ver § 2, Inst. 4. 6. y los títulos del Digesto *si usufructus petetur vel ad alium pertinere negetur* 7, 6; *si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur* 8, 5.

de sus propiedades contiguas. Tiene carácter personal y presupone que los límites sean ciertos y determinados de modo que no llevan implícita controversia alguna sobre el derecho de propiedad. Consecuencia, o mejor, desenvolvimiento del señorío que corresponde al propietario en la cosa, es esta una facultad que puede ejercitarse en cualquier momento y que por esto no se extingue por prescripción. No corresponde al propietario solamente, sino a aquellos que tengan un derecho real en el inmueble, como el usufructuario o el enfeiteuta.

La otra es la acción de deslinde (*actio finium regundorum*) (1), la cual presupone que el límite es incierto e indeterminado y tiende con delimitar los fundos contiguos a resolver una cuestión de propiedad por darse una zona intermedia cuya propiedad se discute en su titularidad. Es, pues, una acción de carácter real, resolviéndose en una especie de *rei vindicatio*; es una recíproca reivindicación en la cual cada uno de los propietarios pretende una parte de la zona intermedia y discutida.

Por eso se debe rechazar, a nuestro juicio, la opinión de aquellos que la designan como personal, o bien, distinguiendo, la consideran como personal si el actor se limita a pedir la determinación de un confín incierto, y como real si reclama una determinada parte del fundo poseído por el vecino pidiendo la rectificación del confín.

Efectivamente, bajo una acción para la regulación del contín puede ocultarse una verdadera reivindicación, pero cuando la controversia se entable sobre la línea que debe asignarse al confín, es siempre la acción que nos ocupa; su carácter particular lo determina el que al actor no incumbe, como en la *rei vindicatio*, la carga de la prueba de la propiedad en la zona objeto de la controversia, sino solamente de la incertidumbre del confín (2).

También esta acción, recordada en el art. 79 del Código de Procedimiento civil, corresponde tanto al propietario como al

(1) Ver Dig. 10. 1, *finium regundorum* y Cód. 3. 39.

(2) El punto es discutido y decidido diversamente: Gabba en *Foro it.*, 1886, pág. 292; Bianchi, *Ferd. ib.*, 1894, pág. 721; Pacifici, *Ist. III*, 1, página 419; Bianchi, *Corsso*, IX, 1, pág. 907; Filomusi, *Dir. reali*, pág. 139, número 1.

usufructuario, al enfiteuta, al poseedor legítimo. Es, por sí, imprescriptible, pero la imprescriptibilidad halla en la práctica frecuentemente una limitación en la posesión exclusiva que haya tenido uno de los dos confinantes de la zona ahora controvertida, porque cuando la posesión haya durado el tiempo establecido por la ley, interviene la prescripción normal a impedir el ejercicio de aquélla, que en este caso sería una verdadera y propia reivindicación.

IV. *Acciones de denuncia.*—La acción de denuncia de obra nueva cuyo nombre y disciplina se enlazan con la *nunciatio novi operis* (1), es un remedio provisional dado tanto al propietario como al poseedor para impedir que una obra iniciada por el vecino y que amenace con un daño se prosiga simplemente o se prosiga sin la prestación que sirva a resarcir al actor del daño eventual. Dispone el art. 698 del Código civil: «Quien tiene razones para temer que de una obra nueva emprendida por otro pueda derivar daño al fundo propio o al ajeno, a un derecho real o a otro objeto poseído por él, puede denunciar al Juez la obra nueva con tal que no haya sido terminada o no haya transcurrido un año desde que fué comenzada». La condición a que se halla subordinado su ejercicio es triple; precisa, en efecto: a) que el denunciante se halle en posesión de un inmueble, de un derecho real o de otro objeto, y por otro objeto se entiende cualquiera cosa, incluso una cosa mueble, con tal que se halle adherida al suelo; b) que se trate de una obra nueva, es decir, de cualquiera obra de edificación, de demolición, de excavación que cambie el estado actual de las cosas introduciendo una innovación; pero la obra no debe hallarse acabada ni su comienzo remontarse más allá de un año, de modo que si ha transcurrido desde su iniciación menos de un año, pero esté ya acabada, o si no se ha terminado, pero resulte que se emprendió más de un año ha, el remedio provisional no sería ejercitable cesando en uno y otro caso la razón de la urgencia por la que se justifica esta acción de ejercicio rápido; c) que se tema razonablemente un daño al inmueble, al objeto o al derecho del denunciante como consecuencia de la obra emprendida, entendiéndose por

(1) Dig. 39. 1. *de operis novi murciatione.*

daño todo perjuicio causado ilegítimamente a la cosa ajena.

Efectos de la denuncia son: la orden de suspensión de la obra si el Pretor (a cuya especial competencia se encomienda el juicio y la recepción de la acción de daños temido por el artículo 83, núm. 3.<sup>º</sup> del Código de Procedimiento civil) considera del examen sumario de la cuestión comprometido efectivamente el derecho del denunciante; o el permiso de continuar la obra mediante la prestación de una caución por quien la ha emprendido a favor del denunciante, ya para resarcir el daño futuro, o ya en garantía de la demolición y restablecimiento del primitivo estado de cosas, cuando en el sucesivo juicio ordinario resulte reconocida la no existencia del derecho a realizar tal obra.

Puede también ordenarse una caución en el caso de orden de suspensión a cargo del denunciante y a favor del denunciado para resarcir a éste de los daños producidos por la suspensión cuando del juicio ordinario resulte infundado el derecho de oposición a la obra nueva. «El Juez, prosigue el art. 698, conocido sumariamente el hecho puede prohibir la continuación de la obra nueva o permitirla ordenando la prestación de las oportunas cauciones; en el primer caso, para el resarcimiento del daño producido por la suspensión de la obra cuando el oponerse a su prosecución resulte infundado con la decisión definitiva en el juicio ordinario; y en el segundo caso, para la demolición de la obra y resarcimiento de los daños que pudiera ocasionar al denunciante si éste obtiene sentencia definitiva favorable, no obstante la autorizada prosecución de la obra». No puede, pues, ordenar el Pretor en este caso la demolición; sin embargo, podría ordenarla con relación a las obras que se hiciesen luego del mandato de suspensión.

Es inútil advertir que la decisión dada en este procedimiento sumario no influye en la definitiva resolución de la cuestión. El examen de ésta se reserva a un estudio ulterior, es decir, en el juicio definitivo, que será petitorio o posesorio, según que el denunciante actúe como poseedor o como propietario.

La acción de *daño temido* que se relaciona con *cautio damni infecti* del Derecho romano (I), prevé una hipótesis distinta de

(1) Ver Dig. 39. 2. de *damno infecto*.

la precedente y tiene un campo más amplio de aplicación. «Quien tiene racional motivo para temer—dice el art. 699—que de cualquiera edificio, de un árbol o de otro objeto pueda derivar peligro de un daño grave e inmediato a un fundo u objeto por él poseído, tiene derecho a denunciar el hecho al Juez y de obtener, según las circunstancias, que se provea a evitar el peligro o se obligue al vecino a prestar caución por los daños posibles». Corresponde éste, como la precedente, tanto al propietario como al poseedor, y tres son también las condiciones para su ejercicio: *a*) precisa que alguien se halle en posesión del inmueble o de otro objeto a que el edificio o árbol o cualquiera otra cosa amenace con producir un daño; *b*) que la amenaza sea de un daño próximo y grave, como puede ser la caída de una pared, de un edificio, de un árbol, desprendimiento de tierra, el desbordamiento de una conducción de aguas; *c*) que sea razonable y fundado el temor de un peligro inminente.

Su fin es garantizar al propietario o poseedor de la cosa amenazada contra el peligro que le amenaza y las consecuencias del mismo. Más amplios son, por tanto, los poderes del Juez, a quien la ley concede la facultad de adoptar las medidas más adecuadas al caso; pero, en general, pueden reducirse a dos especies: una orden de realizar obras para remover el peligro, o la condena a prestar una caución con la cual se resarza al propietario de la cosa amenazada cuando el daño se produzca realmente (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—*Tutela de la propiedad*.—Los mismo medios de defensa de la propiedad que el autor enumera, son los corrientemente citados por los civilistas españoles. Manresa (*Comentarios*, edic. 3.<sup>a</sup>, tomo III, pág. 140) añade a ellos, la acción *rescisoria de dominio* que tiene de destruir la excepción perentoria de prescripción—si bien señala la dudosa eficacia de su ejercicio en vista del art. 1.932 del Código civil—y la *ad exhibendum* preparatoria de las reales sobre bienes muebles o semovientes, reclamando sean mostrados, para reconocer su identidad (artículo 497, núm. 2.<sup>º</sup> de la ley de Enjuiciamiento civil).

Las acciones llamadas de denuncia, son consideradas en nuestra legislación (ley de Enjuiciamiento civil, art. 1.631) como interdictales, siendo objeto de discusión si son o no verdaderas acciones posesorias, admitiéndose comúnmente su carácter de prohibitivas de actos que nos pueden causar un perjuicio.

I. *Reivindicación*.—El art. 348, párrafo 2.<sup>º</sup> del Código civil español, reconoce como facultad del propietario la de reivindicar, concediéndole acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa que le pertenece, ar-