

*SECCION III.—Del derecho de accesión sobre lo que se une y se incorpora á la cosa.*

*§ I.—DE LAS CONSTRUCCIONES Y PLANTACIONES.*

*Núm. I. Principios generales.*

243. El código civil comienza por asentar el principio de que «todo lo que se une y se incorpora á la cosa pertenece al propietario» (art. 331); agrega: «según las reglas que van á establecerse.» Estas reglas son concernientes á las cosas inmobiliarias. Nosotros comenzamos, siguiendo el orden del código, por el derecho de accesión relativamente á las cosas inmobiliarias.

El art. 332 establece el principio general «que la propiedad del suelo implica la propiedad de lo que está encima ó debajo.» En el lenguaje ordinario, la palabra *suelo* significa la superficie del terreno, sobre la cual se construye, dice el Diccionario de la Academia. Tal es también la sig-

presunción y su alcancé; en seguida diremos qué consecuencias se derivan.

¿La propiedad del suelo da la propiedad del tesoro enterrado? Esta es una cuestión de pura teoría. Se pretende que el tesoro pertenece al propietario del suelo, como parte de éste, por aplicación del principio de que la propiedad del suelo implica la del subsuelo (1). Nosotros no creemos que tal sea la teoría del código. El tesoro no pertenece en realidad á nadie, puesto que la noción misma del tesoro implica que nadie puede justificar su propiedad sobre la cosa oculta ó enterrada que constituye el tesoro (art. 714); á título de *res nullius*, el tesoro debía pertenecer al primero que llega y lo ocupa. Los autores del código no han admitido esta teoría sino por mitad; en el libro III diremos cuál es la razón por la cual han atribuido una mitad del terreno al propietario del suelo; ella nada tiene de común con el derecho de accesión ni con la propiedad del subsuelo.

247. ¿El principio del art. 552 se aplica á las minas? Después de haber dicho que el propietario puede hacer todas las excavaciones que juzgue oportunas, y sacar de ellas todos los productos que puedan procurarle, el artículo 552 agrega: «salvo las modificaciones que resulten de las leyes y reglamentos de minas.» Al decir que el principio recibe modificaciones en lo concerniente á las minas, la ley consagra implícitamente el derecho del propietario. Este derecho estaba reconocido de una manera absoluta por los jurisconsultos romanos (2); no obstante, las leyes del Bajo Imperio reservaban al Estado el derecho de explotar las minas, aun sin el consentimiento del propietario (3). Este es el germen

1. Aubry y Rau, tomo 2º, p. 180 y nota 3.

2. L. 7, pf. 11, D., *solut. matr.* (XXIV, 3); L. 3, pf. 6, D., *de rebus vorum qui sub tutela* (XXVII, 9).

3. L., 3, C., *de metallar. e metalli*, (XI, 6).

de la legislación moderna. El derecho del propietario del suelo sobre las minas que encierra no podría ponerse en duda. Pero por otra parte, la sociedad está interesada en que las riquezas minerales, tan necesarias para la industria y aun para las necesidades cotidianas de los hombres, no se pierdan, ó se exploten mal por la obstinación ó la ignorancia de los propietarios. ¿Cómo han resuelto las leyes este problema difícil? (1).

Las ordenanzas de Mayo de 1680 reconocen al propietario el derecho de explotar las minas que se encontraban en el fundo; pero dispusieron que, si se rehusaba, la explotación se concedería á otros, con la condición de pagar al propietario una indemnización por cada tonelada de mineral de 550 libras de peso. Antes de 89, los derechos de los señores, reconocidos por algunas costumbres, venían á impedir los derechos del propietario á la vez que los de la sociedad. Habiendo destruido la Revolución los últimos vestigios del feudalismo, una ley de 28 de Julio de 1791 atribuyó al propietario del suelo el derecho de explotar libremente, sea á cielo abierto, sea con galería, las substancias minerales de toda especie, pero únicamente hasta cien pies de profundidad. Más allá, el propietario no podía explotar sino con autorización del gobierno. El Estado intervenía, no para despojar al propietario, sino para resguardar el interés general; en este sentido es como la ley de 1791 dice que «las minas y minerales, carbones de tierra y piritas están á disposición de la nación;» ella agrega que el derecho del Estado se limita á permitir y á vigilar la explotación de esas substancias. Cuando el propietario no usaba de su derecho para explotar por sí mismo, se concedía la explotación á concessionarios, los cuales debían al dueño del suelo una indemnización, que arreglaba la autoridad judicial.

1 Dueauvroy, Bonnier y Roustain, tomo 2º, p. 68, núms. 105-106.

Tal era la legislación cuando se publicó el código civil. Así, pues, á lo que aludía el art. 532 al hablar de las modificaciones que resultan de las leyes relativas á las minas, es á la ley de 91. Esto era reconocer implícitamente el derecho del propietario del suelo, que esta ley consagraba y garantizaba mejor de lo que lo hace la legislación posterior. En 1808, se sometió al consejo de Estado un proyecto de ley sobre minas, proyecto que se basaba en el principio de que la propiedad de las minas á nadie pertenece. Esto equivalía á quitar al propietario del suelo un derecho que debe á la naturaleza, y que las leyes habían reconocido siempre, á la vez que restringiéndolo dentro del interés de la sociedad. Napoleón combatió con vehemencia el nuevo principio que derogaba el código civil en un punto de importancia extrema, puesto que se trataba de despojar á los propietarios. A no consultar más que el derecho del propietario del suelo, habría debido darse al dueño la facultad de explotar ó de no explotar. El interés público exige que se restrinja el poder absoluto del propietario, pero dichas restricciones no pueden llegar hasta despojar al propietario: si no, decía el emperador, dejaría de haber propiedad (1).

El principio defendido por el emperador prevaleció. No obstante, la nueva ley de 21 de Abril de 1810 se desvía en un punto esencial de la legislación de 91. Ella quita al propietario el derecho de explotar libremente hasta cien pies, así como la facultad de explotar á mayor profundidad en virtud de un permiso que no se podía rehusarle. \*Según la ley de 1810, el gobierno concede la explotación á quien mejor le parece, aun contra la voluntad del propietario. Esto es bastante lógico; estando el gobierno encargado de velar por los intereses generales de la sociedad, debe tener

1 Sesión del consejo de Estado, de 8 de Abril de 1809, número 2 (Locré, tomo 4º, p. 267).

plena latitud. Pero según los principios de nuestro derecho público, el propietario no puede ser privado de su propiedad sino mediante una justa y previa indemnización. Para dar al propietario una plena garantía, las leyes atribuyen el arreglo de dicha indemnización á un jurado, como en Francia, ó á los tribunales, como en Bélgica. Este era el principio de la ley de 1791; mientras que la ley de 1810 da al gobierno el derecho de fijarla por el acto mismo de la concesión. No insistimos, porque la materia se halla fuera de los límites de nuestro trabajo.

El único punto que nos interesa, es el derecho del propietario. Aunque modificado, subsiste: éste es el sistema del código, y acabamos de decir que, á las enérgicas reclamaciones del emperador, este sistema fué mantenido por la ley de 1810. La corte de casación lo ha consagrado en más de una ocasión. Ella ha resuelto que la venta de un fundo comprende las minas que en él se hallan, si no hay ninguna concesión para la explotación de esas minas: desde el momento en que hay un acto de concesión, la mina está separada del fundo y forma una propiedad distinta; pero la ley misma que establece esa separación prueba que hasta la concesión, la mina forma cuerpo con el fundo y constituye una sola y misma propiedad. Si hay acreedores hipotecarios registrados, el derecho que ellos tenían en la mina se translada á la indemnización que al dueño se debe; luego la hipoteca gravitaba sobre la mina como cosa única con el fundo (1). Se ha juzgado, además, que el derecho del propietario sobre las minas no puede modificarse sino por un acto de concesión; luego si una persona cualquiera emprendiese explotar una mina en el suelo ageno, sin una conce-

1 Sentencia de denegada apelación, de 11 de Julio de 1840 (*Dalloz, Minas*, número 57).

sión regular, violaría el derecho de propiedad y sería obligada a una indemnización, según el derecho común (1).

## *II. De la propiedad de la parte encima.*

248. La propiedad del suelo implica la de la parte superior, es decir, del espacio aéreo que se halla encima del suelo, y dentro de los límites de éste. Esta propiedad no es un derecho imaginario; tiene consecuencias prácticas. El artículo 552 dice que el propietario puede hacer encima todas las plantaciones que juzgue oportunas. Hay que decir más, él sólo tiene el derecho de hacer estas construcciones; su vecino no puede usurpar el dominio aéreo que pertenece al dueño del suelo. Así es que el que construye en un suelo no puede establecer un balcón ó otra obra cualquiera en proyección sobre la heredad vecina, porque esto sería usurpar una parte de ese dominio aéreo; ni siquiera podría hacerlo si construyese al borde de una calle ó de una plaza pública, sin la autorización de la comuna, porque las calles y plazas públicas son propiedades comunales, las cuales abarcan igualmente el espacio aéreo que se halla encima. Por aplicación del mismo principio, debe resolverse que el que construye debe establecer el techo de la casa de manera que no haya proyección saliente hacia el fundo del vecino. Si hubiese usurpación, el vecino podría exigir que la proyección, sea balcón, sea techo, sea cornisa, se demuelan. Si el vecino no reclama, dice Proudhon, el propietario del edificio podría sostener que el suelo que está verticalmente debajo del saliente le pertenece; él llega hasta establecer una presunción en favor de aquél (2). Esto es ir demasiado lejos, porque la ley no ha consagrado esta pretendida presunción;

1) Sentencia de denegada apelación, de 1<sup>er</sup> de Febrero de 1841 (Dávila, *Minas*, número 55).

2) Proudhon, *Del dominio de propiedad*, núms. 690-692.

lo que basta para desecharla. Y ha tenido razón en no establecerla, porque muchas cosas se hacen entre vecinos por tolerancia; no hay que perturbar las relaciones de buena vecindad por el temor de que un acto de tolerancia vaya á volverse el fundamento de una abdicación de propiedad.

El código civil consagra otra consecuencia del principio establecido por el art. 552. Según los términos del artículo 672, «aquél sobre cuya propiedad se adelantan las ramas de los árboles del vecino, puede obligar á éste á cortar dichas ramas.» Insistiremos acerca de esta disposición en el título de las *Servidumbres*.

249. El art. 552 á la vez que consagra el derecho que tiene el propietario para hacer construcciones en el suelo, añade esta restricción: «Salvo las modificaciones que resultan de las leyés y reglamentos de policía.» Antes hemos dicho cuál es el poder reglamentario de las autoridades comunales. Ellas deben velar en que los propietarios no den una desmesurada elevación á sus construcciones, lo que comprometería la salubridad y la seguridad públicas (número 120). Proudhon dice á este respecto que el interés general debe prevalecer siempre sobre el interés particular (1). Los propietarios tienen más que un interés, tienen un derecho que consagra el art. 552. Si la ley permite limitarlo, es porque hay más que un interés general, hay un *derecho* superior de la sociedad: la vida común se volvería imposible si los propietarios pudieran usar de su derecho de manera que comprometiesen la vida y la salud de los vecinos y de los transeúntes. Luego hay conflicto entre ambos *derechos*, y el de la sociedad es el que debe predominar, supuesto que es la garantía del derecho de los individuos.

1 Proudhon, *Del dominio de propiedad*, núm. 690.

*Núm. 2. Consecuencia del principio establecido por el art. 552 en cuanto á las construcciones y plantaciones.*

250. Del principio de que la propiedad del suelo implica la propiedad de su parte superior é inferior, se sigue que el propietario sólo tiene el derecho de hacer construcciones sea sobre, sea debajo del suelo. ¿Debe inferirse de aquí que las construcciones que se hallan sobre el suelo pertenecen necesariamente al dueño del suelo? El derecho romano asentaba como regla absoluta que el edificio adhiere al suelo: *Aedificium solo cedit*. No pasa lo mismo en derecho francés. El art. 553 dice únicamente que «*to la clase de construcciones, plantaciones y obras sobre un terreno ó en el interior se presumen hechas por el propietario á su costa y le pertenecen.*» Pero la ley agrega: «*si no se prueba lo contrario;*» y ella admite también que un tercero puede adquirir por *prescripción* la propiedad de un subterráneo debajo del edificio ajeno ó de otra parte cualquiera del edificio. Así, pues, el derecho absoluto del propietario está reemplazado por presunciones. ¿Cuál es la extensión y el alcance de esas presunciones? ¿Cómo pueden combatirse?

251. El art. 553 establece dos presunciones. Desde luego, la ley presume que las construcciones las hace el propietario; en seguida presume que las construcciones se hicieron á su costa; y de esta doble presunción, la ley deriva la consecuencia de que las construcciones se presumen pertenecientes al dueño del suelo.

La primera presunción se funda en una probabilidad que se toca con la certidumbre. Una construcción existe en un terreno. Se sabe quién es el propietario del terreno. Se pregunta quién ha hecho esas construcciones. El buen sentido contesta: el que tenía derecho á hacerlas. Ahora bien,

el propietario del suelo es el único que tiene derecho á construir en él, y él solo tiene también interés en hacerlo, porque si es un tercero el que á sabiendas construye en un suelo que no le pertenece, puede ser forzado á quitar sus construcciones; y aun cuando fuese poseedor de buena fe, no tendría derecho más que á una indemnización. Así, pues, sólo en rarísimos casos acontecerá que estén hechas algunas construcciones por persona que no sea el propietario. Por lo mismo, la ley podía presumir que las construcciones son la obra del propietario.

La segunda presunción es igualmente natural. Si el detentador del terreno, un arrendatario, por ejemplo, prueba que él es el que ha hecho las construcciones, las construcciones presumirán, no obstante, hechas á costa del propietario. La ley supone que el propietario ha permitido al detentador que construya; pero como, en definitiva, esas construcciones aprovecharían al propietario, es probable que él haya soportado los gastos. Esta es también, una probabilidad que se toca con la certidumbre. A ninguno le ocurre construir á sus expensas en el terreno ajeno porque el interés es lo que dirige nuestras acciones, y en verdad que no tenemos interés en pagar trabajos que no nos serán provechosos.

Esta doble presunción es tan fuerte que los juríscos consul-tos romanos habian deducido el principio absoluto de que el edificio pertenece al propietario del suelo. El código civil no va tan lejos; presume únicamente que el dueño del suelo es propietario de las construcciones y esta presunción puede ser combatida por la prueba contraria y por la presunción.

252. Las presunciones establecidas por el art. 553 son generales, se aplican á todo propietario y á toda construcción. Según la ley de 28 de Agosto de 1792 (art. 14), los árbo-

les que existen en los caminos públicos, que no sean los caminos nacionales, se tenían como pertenecientes á los propietarios riberoños, salvo que las comunas justificasen, por título ó prescripción que ellas eran las propietarias. Se ha fallado que el código civil derogó esta ley al establecer la presunción contraria. Las comunas, se dice, son propietarias del suelo en el cual están construidos los caminos vecinales; luego ellas pueden invocar las presunciones del art. 553 (1). Esta decisión es contraria al principio que rige la abrogación tácita de las leyes; una ley general no deroga una ley especial, á menos que no se pruebe que tal es la voluntad del legislador. Podría objetarse que hay abrogación expresa en virtud de la ley del 30 ventoso año XII, (art. 7), que abroga todas las antiguas relativas á materias que son el objeto del código civil. Pero nosotros hemos establecido que esta disposición es extraña á las leyes expedidas durante la Revolución (2). Así, pues, la cuestión debe resolverse conforme á los principios generales. Veremos á insistir acerca de la ley de 1792, en el título de las *Servidumbres*, y allá veremos que no tiene el sentido general que le presta la corte de Bruselas: es una disposición transitoria, lo que es una razón más para mantenerla, á pesar del principio proclamado por el código.

Las presunciones del art. 553 se aplican á toda especie de construcciones. Hay construcciones que tienen un valor infinitamente mayor que el fundo en el que se levantan. Se ha pretendido que tales construcciones, como los teatros, deben considerarse como lo principal, más bien que como un accesorio, lo que conduciría á invertir las presunciones de la ley. Esto sólo prueba que tales presunciones son

1 Burdeos, 12 de Julio de 1839 (Dalloz, *Propiedad*, núm. 397).

2 Véase el tomo 1º de esta obra, núm. 27.

inadmisibles. Cualquiera que sea el valor de los edificios, ellos son accesorios del suelo, por la razón de que el dueño del suelo es el único que tiene derecho á levantarlos; la cuestión de valor no debe, pues, tomarse en consideración (1).

253. Supongamos ahora, que se hayan hecho construcciones por un tercero y á sus expensas, en el suelo ajeno; ¿debe inferirse de esto, que ese tercero sea propietario de las construcciones? El art. 552 no dice eso; y el art. 555 dice lo contrario. Todo lo que el art. 552 presume, es que las construcciones las hizo el propietario del fundo á sus expensas, y que por consiguiente, le pertenecen. Se admite la prueba contraria. Esto quiere decir, que un tercero puede probar que él es quien ha construido y qué lo ha hecho á su costa. ¿Qué resultará de tal prueba? ¿Que él es propietario de los edificios? Ciertamente que no, porque la ley no dice eso; el art. 555 no da al tercero, si es poseedor, más que una indemnización, como más adelante lo diremos. La única consecuencia de la prueba contraria será, pues, en general, el derecho á una indemnización; esto se halla también fundado en razón. ¿Qué importa que el tercero pruebe que ha construido en el fundo ajeno y á sus expensas? Esto no le da ningún derecho, ni sobre el fundo ni sobre el edificio; porque en principio, el edificio y el terreno en el cual está construido se confunden y pertenecen á un sólo y mismo propietario en virtud del principio de la accesión, conforme al cual la propiedad del suelo implica la propiedad de lo que está encima (2). No obstante, ese principio no es de una verdad absoluta en su aplicación á las construcciones y plantaciones. En efecto, el art. 552, después de haber esta-

1 Sentencia de denegada apelación, de 6 de Enero de 1829 (Dalloz, *Propiedad*, 398).

Demolombe, tomo 9º, núm. 654, p. 602.

2 Casación, 11 de Junio de 1839 (Dalloz, *Propiedad*, núm. 419);

blecido la presunción de que los edificios han sido construidos por el dueño del suelo y á sus expensas, concluye diciendo, no que él es propietario de los edificios, sino que se presume que éstos le pertenecen, «si no se prueba lo contrario.» Puede, pues, suceder que las construcciones y plantaciones pertenezcan á otro que no sea el propietario. ¿En qué casos sucede esto y qué prueba tiene que rendir el tercero?

254. La propiedad del suelo y la propiedad de la superficie ó de las obras subterráneas pueden estar divididas. Nosotros, al tratar del derecho de superficie, veremos que la propiedad puede desmembrarse de esta manera. El artículo 553 dice lo mismo, que un tercero puede adquirir la propiedad de un subterráneo debajo del edificio ajeno; así cualquiera otra parte del edificio. Este desmembramiento de la propiedad puede ser el efecto de la prescripción ó de la prueba contraria que la ley admite para combatir las presunciones establecidas por el art. 553. Hay dificultades en cuanto á la prueba contraria. Se enseña que esta prueba puede rendirse sea por título, sea por testigos ó por presunciones; y hay una sentencia en este sentido (1).

La cuestión concierne á la interpretación del art. 1352, que admite implícitamente la prueba contraria á las presunciones legales, salvo en los dos casos que él prevee. ¿Cuál es ésta prueba contraria? A nuestro juicio, las pruebas del derecho común, supuesto que el código no deroga los principios generales sobre la prueba en el art. 1352. En el título de las *Obligaciones*, insistiremos sobre este punto. Por la misma razón, decidimos que el art. 552, que admite la

1. Aubry y Rau, tomo 2º, p. 180, nota 4; París, 16 de Febrero de 1869 (Dalloz, 1879, I, 274), confirmada por una sentencia de denegada apelación, de 24 de Noviembre de 1869; pero la corte de casación no reproduce los términos absolutos de la sentencia de la corte de París.

prueba contraria á una presunción de propiedad, remite implícitamente á las reglas generales sobre las pruebas. ¿Cuáles son esas reglas? En lo que concierne á la prueba testimonial, se puede formular el principio en dos palabras: los hechos jurídicos no pueden probarse por testigos sino cuando su valor pecuniario no exceda de ciento cincuenta francos; los hechos materiales se prueban por testigos, cualquiera que sea el importe pecuniario del litigio. ¿Se trata en este caso de un hecho jurídico ó de un hecho material?

Dos casos pueden presentarse, esencialmente diversos en lo concerniente á la prueba. Se empeña un debate entre el propietario de un fundo y un tercero que pretende haber levantado en él construcciones á sus expensas. La presunción está en favor del propietario, según el art. 553, pero se admite al tercero á la prueba contraria. Aquí el hecho que se tiene que probar es un hecho puro y sencillo, si el tercero no pretende ser propietario de las construcciones, si únicamente reclama una indemnización. En efecto, se trata de una construcción; ahora bien, por sí mismo el hecho de construir no es un hecho jurídico, lo que decide la cuestión. Hay sentencias en este sentido y este punto no es dudoso (1). Distinta es la cuestión cuando un tercero pretende ser propietario de la construcción; en este caso, se trata de probar un hecho esencialmente jurídico, la adquisición del derecho de propiedad. Luego ni la prueba testimonial ni las presunciones son ya admisibles; se necesita un escrito, según el derecho común. Hay dos sentencias de la corte de casación de Bélgica en este sentido (2) y, á nuestro juicio, la cuestión ni siquiera es dudosa.

1 Sentencia de casación, de 27 de Julio de 1859 (Dalloz, 1859, 1, 398); Sentencia de denegada apelación, de 23 Mayo de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 384).

2 Sentencia de casación, de 21 de Abril de 1866 (*Pasicrissia*, 1866, 1, 130), y Sentencia de denegada apelación, de 8 de Diciembre de 1870 (*Pasicrissia*, 1871, 1, 48).

Se podria opónernos una sentencia de la corte de casación de Francia que parece admitir todo género de prueba, aun el estado de los lugares para establecer la propiedad de un tercero contra la presunción del art. 553. Pero esta sentencia es una aplicación del art. 553. Veamos el caso concreto. Dos casas contiguas se adjudican al mismo tiempo á dos adquiréntes diversos. Una se designa en el cuaderno de cargos como compuesta de un piso bajo y de un piso primero; hay un piso superior, pero no tiene comunicación con la parte inferior de esta casa; comunica al contrario por medio de aberturas, con los pisos correspondientes de la casa vecina. Después de la adjudicación, el propietario de la primera casa reclama la propiedad del piso superior, en virtud de las presunciones establecidas por los arts. 552 y 553.

El otro adquirente le opone el estado de los lugares, pierde la causa. La corte de Tolosa resolvió que la presunción legal debía superar, supuesto que el demandado no invocaba título contrario. Su sentencia fué casada. Se trataba, no de aplicar los arts. 552 y 553, sino de interpretar los actos de adjudicación. El lugar del debate se hallaba, pues, en el art. 1614, por cuyos términos la cosa vendida debe entregarse en el estado en que se encuentra en el momento de la venta; por lo tanto; había que tener en cuenta el estado, los lugares: tal era el punto decisivo (1).

253. Se pregunta si el propietario puede invocar las presunciones establecidas por el art. 553 contra el arrendatario ó locatario. La afirmativa no permite duda alguna. Y aun cuando el tomador probase que las construcciones fueron hechas por él y á sus expensas, no por eso adquirirá la propiedad, porque el título mismo en cuya virtud posee lo obliga á devolver la casa con todos sus accesorios al arrenda-

1 Sentencia de casación, de 30 de Noviembre de 1853 (Dalloz 2854, 1, 17).

dor. Queda por ver si el locatario puede demoler los edificios que ha levantado, y cuáles son sus derechos y obligaciones: nosotros examinaremos la cuestión en el título del *Inquilinato*. Sin embargo, las presunciones reciben una excepción, según el texto mismo de la ley, en el caso en que hay prueba en contrario. Y habría prueba contraria si se dijese en el contrato que los edificios que el tomador debe levantar sobre el suelo, quedarán, mientras dure el arrendamiento, afectos al pago de las rentas y que á su extinción serán quitados por el locatario, el cual deberá despejar el terreno y nivelar el suelo. En este caso, las construcciones pertenecen al locatario en virtud de la convención misma celebrada entre él y el propietario; el tomador puede, pues, disponer de ellas (1). En el tomo V (núm. 415) hemos examinado la cuestión de saber cuál es la naturaleza del derecho que el locatario tiene en las construcciones.

256. Se abre una cisterna en el patio del vecino, por medio de un tubo incorporado á este patio. Es este un derecho de propiedad ó un derecho de servidumbre? La corte de Gante ha fallado que era un derecho de propiedad. ¿En este caso, la cuestión casi no era dudosa, porque el vecino tenía la posesión de la cisterna aun con exclusión del propietario de la casa en la cual se hallaba la cisterna; él tenía su goce exclusivo y soportaba también el solo las cargas. El estado de los lugares establecía igualmente que la cisterna era una dependencia no de la casa debajo la cual se había abierto, sino de aquella á cuyo uso se destinaba. Quedaba por probar dicha propiedad. No existía título. Pero el actor invocaba la prescripción, como el artículo le da derecho para ello. A primera vista, podría creérse que la posesión de una obra subterránea no tiene la publicidad que

1 Sentencia de denegada apelación, do 7 de Abril de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 281).

se requiere como condición esencial de la prescripción. Pero todo lo que de aquí resulta es una dificultad mayor para probar la prescripción: el derecho es incontestable, supuesto que se halla escrito en la ley (1).

257. Las presunciones establecidas por el art. 553 son presunciones legales, y éstas son de estricta interpretación; luego se debe encerrarlas dentro de los límites del texto, ¿cuál es el caso previsto por el art. 553? Se trata de saber si el propietario del suelo lo es de las construcciones que en él se hallan. El art. 553 es la continuación del precedente, por cuyos términos la propiedad del suelo implica la de sus partes superior e inferior. La ley no establece presunción para los casos inversos: ella no dice que la propiedad de lo que está encima implica la propiedad del subsuelo; no dice que la propiedad de éste implica la propiedad de lo de encima. No estando previstos estos casos por la ley, no puede tratarse de presunciones legales. Por lo mismo, no puede ser cuestión más que de presunciones del hombre las cuales abandonan la ley á la prudencia y á la ilustración del magistrado; pero tales presunciones, conforme al artículo 1353 que las consagra, no son admisibles sino en los casos en que la prueba testimonial se admite, es decir, en principio, cuando el objeto del litigio no excede de 150 francos.

Conforme á estos principios elementales es como debe resolverse la cuestión de saber si el propietario de un edificio se presume propietario de la banda de terreno que se acostumbra dejar más allá de la pared, entre el derrame de los techos y el fondo del vacío. No hay en esto ninguna presunción legal. Se invoca el art. 681 que dice: «Todo propietario debe establecer los techos de modo que las aguas pluviales se derramen en su terreno ó en la vía pública; no

1 Gante, 6 de Diciembre de 1844 (*Particular*, 1845, 2, 9).

puede hacerlo de modo que viértan en el fundo de su vecino.» Basta transcribir el artículo para probar que no establece ninguna presunción de propiedad: ni la palabra ni la cosa se encuentran allí. Luego el propietario del edificio no puede invocar más que las presunciones del hombre dentro de los límites que el art. 1353 traza para esa especie de prueba. Hay acerca de esta cuestión grande incertidumbre en la doctrina y en la jurisprudencia, una confusión entre las presunciones legales y las del hombre; de aquí decisiones erróneas sobre la fuerza probatoria de las presunciones (1). Como ya hemos marcado esas inexactitudes en una cuestión análoga, creemos inútil repetir lo que hemos dicho, tanto más cuanto que volveremos á ocuparnos de la materia en las *Obligaciones*.

258. Se pregunta si las presunciones de los artículos 552 y 553 son aplicables á las contiendas relativas á la propiedad de un camino que atraviesa un dominio. Sin decirlo se entiende que si el camino se halla en el interior del dominio, forma parte de él. Y si el camino pasa por varias heredades, ¿hay una presunción de propiedad ó de co-propiedad para los ribereños? Se supone naturalmente que no se trata más que de un camino de explotación. Si se admiten los principios que acabamos de asentar, no hay la menor duda. No hay presunción legal sin texto, y éste no lo hay. Luego quedamos dentro del derecho común en cuanto á la prueba. Supuesto que se trata de la prueba del derecho de propiedad, se necesitan títulos, no siendo admisibles la prueba testimonial y las presunciones sino en los debates cuyo valor pecuniario no exceda de 150 francos. Acerca de esta cuestión se encuentra la misma incertidumbre que acabamos de señalar, y por consiguiente, los mismos

1 Véase la doctrina y la jurisprudencia en Demolombe, tomo 12, núms. 592 y 293, y en Dalloz, *Servidumbres*.

errores. Se lee en una sentencia de la corte de casación que «los caminos rurales se presumen pertenecientes á los propietarios cuyas heredades atraviesan» (1). Estos términos implican una presunción legal. ¿Cuál es la ley que la establece? La corte no cita ninguna, y con causa justa, supuesto que no la hay. En otro caso, el actor alegaba, para establecer su derecho de propiedad, que el camino litigioso estaba bordeado en toda su longitud por tierras que le pertenecían. La corte decidió que la contigüidad de los fundos del actor con la vía en litigio no constituye una presunción legal de la propiedad del camino. Esto es de toda evidencia, supuesto que no podría haber presunción legal sin ley. La corte agrega que «no puede verse en este hecho más que una presunción simple que puede combatirse por presunciones contrarias y reducirse á la nada por la posesión cierta de la comuna» (2). Quiere decir esto que la prueba contraria no se admitiría si se tratase de una presunción legal? El art. 1352 admite expresamente la prueba contraria. ¿Quiere decir ésto que las presunciones que la corte llama *simples* son siempre admitidas cualquiera que sea el monto del litigio? El art. 1353, dice que no lo son sino en el caso en que la prueba puede hacerse por testigos, luego, en principio, en los litigios cuyo valor pecuniario no excede de ciento cincuenta francos.

*Núm. 5. De las construcciones hechas por un propietario con los materiales ajenos.*

259. El art. 354 dice: «El propietario del suelo que ha hecho construcciones, plantaciones y obras con materiales

(1) Sentencia de denegada apelación, de 9 de Diciembre de 1857 (Dalloz, 1858, 1, 28).

(2) Sentencia de casación, de 16 de Abril de 1866 (Dalloz, 1866, 1, 311).

que no le pertenecían, debe pagar el valor de éstos; puede también ser condenado á indemnización, si hay lugar á ello, pero el propietario de los materiales no tiene el derecho de quitarlos.»

El orador del Tribunado ha explicado muy bien los motivos de esta disposición. Que el propietario deba pagar el valor de los materiales que no le pertenecen, nada más justo y más sencillo. No hay que distinguir si es de buena ó mala fe. La buena fe no da al que emplea los materiales agenos un derecho sobre estos objetos. La buena fe exige, al contrario, que el constructor no se enriquezca á expensas del propietario de los materiales. Pero la buena ó mala fe debe tomarse en consideración cuando se trata de decidir si el constructor quedará obligado á indemnización. El que es de buena fe no debe ninguna; sería castigarlo, dice Faure, cuando no es culpable, porque no es uno reprobable por hacer uso de objetos que uno creía propios. ¿Cuándo hay buena fe? La ley no la define, como lo hace cuando se trata de la adquisición de los frutos. Esta es, pues, una cuestión de hecho. El que á sabiendas emplea materiales que no le pertenecen, comete un delito ó un quasi-delito, y está obligado, por consiguiente, por todo el daño que resulta de su dolo. Este es el derecho común, tal como el código lo norma en los arts. 1382 y 1383. Y aun puede haber delito criminal, y por lo tanto, persecuciones criminales (1).

260. El orador del Tribunado agrega que en caso ninguno pude el propietario de los materiales; quitarlos cuando el constructor es de buena fe, está protegido por la máxima: en materia de muebles, la posesión equivale á título; máxima que pone al poseedor al abrigo de toda reivindicación. Cuando el poseedor es de mala fe, se admite la acción

1 Faure, Informe rendido al Tribunado, núm. 13 (Loeré, tomo 4º, página 88).

de reivindicación. En este punto, el art. 534 deroga los principios generales. ¿Cuál es el motivo de esto? Muy sencillo: que no hay objeto mobiliario que el propietario pueda reivindicar; ellos se han vuelto inmuebles por incorporación; luego ya no existen en su primera naturaleza, tales como pertenecían á su antiguo dueño; lo que excluye la reivindicación. Podría objetarse que el legislador habría podido dar al propietario de los materiales el derecho de pedir la demolición del edificio, lo que hubiese sido permitido reivindicar. Faure contesta: «Quitar los árboles, sería muchas veces destruirlos; quitar los materiales, sería degradar las construcciones. La equidad no permite que se devuelva mal por mal, y con frecuencia el resultado sería muy estéril para el que se hubiese vengado de esa manera.» El derecho está de acuerdo con la equidad; importa que esto conste, porque si el derecho no debe violar la equidad, en cambio, no puede admitirse que por un sentimiento de equidad, se viole el derecho de propiedad. En realidad, el derecho de propiedad no es ya el móvil; los materiales ya no existen, se han adherido al suelo, se han convertido en un edificio, el propietario de los materiales no tiene ningún derecho sobre ese inmueble; todo lo que puede reclamar, es una indemnización.

Se pregunta si el propietario podría reivindicar en el caso en que la casa fuere demolida. Los autores están divididos; no hay sentencia sobre la materia, lo que prueba que ésta es una de esas cuestiones ociosas que gustan á la escuela y que la práctica ignora. Nosotros preferimos la negativa y sin ninguna vacilación. El propietario del edificio ha adquirido la propiedad de los materiales; si en seguida se han desprendido, él conserva su propiedad, porque ésta no se adquiere temporalmente; si el propietario del edificio se ha vuelto dueño irrevocable de los materiales, es imposible

que el antiguo dueño sea todavía propietario, ni que llegue á serlo; y si no es propietario, ¿en qué título reivindicaría? El no tiene ya derecho más que á una indemnización, y hay que agregar que el constructor ni siquiera podía ofrecer desprender los materiales, porque ha venido á ser propietario por derecho de accesión; desde ese momento, es él deudor de la indemnización y no puede descargarse de esa deuda ofreciendo materiales, porque el deudor está obligado á pagar lo que debe, y no puede pagar otra cosa sin el consentimiento del acreedor. En vano se diría que no hay en el caso ni acreedor ni deudor, supuesto que se trata de derechos reales. La respuesta se halla escrita en la ley que constituye al constructor deudor de la indemnización, y por consiguiente, el dueño de los materiales es acreedor en virtud de la ley. No insistimos, porque los principios no permiten duda alguna (1).

Los autores que conceden al propietario de los materiales el derecho de reivindicarlos, cuando se han desprendido de la construcción, rehusan ese derecho al propietario de las plantas que se han plantado en el suelo ageno. Se fundan ellos en una ley romana que decide que el árbol, que recibe otros alimentos en otra tierra, se ha tornado también otra cosa (2). Por de pronto, es permitido clamar contra la sutiliza. ¡Cómo! ¡el árbol, sacado de un fundo vecino, que hoy planto en mi fundo, dejará de ser el mismo árbol dentro de echo días? ¡Habrá tomado impulso si ha tenido tiempo para echar raíces, pero una planta ó un hombre cambian de naturaleza creciendo?

**261.** ¿El art. 554 es aplicable á la inmovilización por

1 Véanse las diversas opiniones en Aubry y Rau, tomo 2º, p. 258 y notas 5 y 6; y en Daloz, *Propiedad*, núms. 408-412

2 L. 26, pfo. 2, D., XLI, 1 (*de adquirendo rerum dominio*); Demolombe, tomo 9º, núm. 662, p. 610; Demante, tomo 2º, núm. 391, b/s 3º, p. 467; Aubry y Rau, tomo 2º, p. 258 y nota 6.

destino agrícola ó industrial? Nó, el texto y el espíritu de la ley lo prueban. El art. 554 habla de *construcciones* que hace el propietario del suelo con los materiales agenos, y de *plantaciones* que hace con plantas que no le pertenecen; agrega, ú *obras*; todo esto supone una incorporación de los objetos mobiliarios, la cual en la teoría del código, los vuelve inmuebles por naturaleza. Mientras que los objetos que se han vuelto inmuebles por destino conservan su individualidad; no se vuelven inmuebles sino por una ficción de la ley; esta inmovilización no está comprendida en el texto del art. 553; por lo mismo queda ella bajo el imperio de los principios generales; es decir, que la reivindicación de estos objetos podrá hacerse conforme á los principios establecidos por los arts. 2279 y 2880. El espíritu de la ley está en armonia con el texto. Si la ley no admite la reivindicación de los materiales incorporados en una construcción, es porque esas cosas han cambiado de naturaleza, ya no existen en su antigua individualidad. Mientras que nada ha cambiado en la individualidad de los animales destinados al cultivo y adscritos al fundo por su propietario, ni á las máquinas colocadas en una fábrica. Así, pues, nada se opone á que estas cosas sean reivindicadas. Es la opinión de todos los autores (1). Nosotros creemos que lo mismo sería de la inmovilización que se hace cuando el propietario fija á perpetuidad en un fundo cosas mobiliarias, porque esta inmovilización, es también una inmovilización por destino, en la teoría del código (2); luego ni el texto ni el espíritu del art. 554 son aplicables.

1 Aubry y Rau, tomo 2º, p. 258, nota 7 y los autores allí citados.

2 Véase el tomo 5º de esta obra, núms. 469 y siguientes.

*Núm. 4. De las construcciones y plantaciones hechas por un tercer poseedor con sus materiales.*

*1. Derechos del poseedor.*

262. Según los términos del art. 555, los derechos de<sup>1</sup> tercer poseedor difieren según que es de buena ó de mala fe. Si es de buena fe, el propietario que reivindica la heredad contra él no puede pedir la supresión de las construcciones y plantaciones, pero puede escojer entre reembolsar el gasto de la mejora ó el aumento de valor. Si el poseedor es de mala fe, el propietario puede pedir la supresión; si prefiere conservar las construcciones y plantaciones, debe reembolsar el importe de las mejoras. Esta distinción resulta del art. 555, por más que no esté formulada en él con claridad. La redacción poco clara del artículo, proviene de que la última parte se agregó después á pedimento del Tribunalado (1). Es inútil insistir sobre esta crítica; el sentido de la ley no es dudoso en lo que concierne á la diferencia que existe entre el poseedor de buena fe y el de mala. El poseedor de buena fe no puede ser forzado á quitar las construcciones y plantaciones, mientras que el poseedor de mala fe sí está obligado á ello si el propietario lo exige: hé aquí una primera diferencia entre uno y otro. ¿Cuál es la razón de esto? No es un motivo de derecho; el derecho estricto está á favor del propietario; cuando él se presenta, el poseedor se queda sin derecho; luego al levantar construcciones, ha violado el derecho del propietario. ¿Qué importa que lo haya hecho de buena fe? Su buena fe no le da siquiera derecho á indemnización, porque no puede pedirla al propietario cuando ha violado su derecho. Esto es lo que decide el rigor de los principios. Pero si el derecho estricto está en

1 Demolombe, tomo 9º, p. 662, núm. 673.

contra del poseedor de buena fe, la equidad está á su favor. El se ha creido propietario, ó por una vana imaginación, porque, según los términos de la ley, no es poseedor de buena fe sino cuando gana los frutos, y no los gana sino cuando posee en virtud de un título translativo de propiedad cuyos vicios ignora. El ha contraído, pues, como propietario, sin cometer falta alguna y sin que haya ninguna imprudencia que reprocharle, mientras que la inacción del propietario que lo deja en posesión es, al menos, una negligencia. Hé aquí una primera consideración de equidad en favor del poseedor. El orador del Tribunado da todavía otra: el propietario, dice Grenier, habría podido abusar de la necesidad en que se hallaba el poseedor de aniquilar las construcciones para enriquecerse á sus expensas; éste habría sido forzado ó á suprimir las obras á pura pérdida, ó á cederlas á precio muy módico (1). El poseedor de mala fe no puede invocar la equidad, precisamente por motivo de su mala fe; él ha violado á sabiendas el derecho del propietario; al edificar, él sabía que tenía que desamparar; puede admitirse que obligue al propietario á conservar construcción y á pagarle una indemnización por obras que el propietario quizás no habría hecho, sea porque esto no entraba en sus conveniencias, sea porque no tenía los medios de hacerlas. Se ha dicho que el poseedor, aun cuando sea de mala fe, es el representante del propietario, y que deberían aplicársele los principios de la gestión de negocios (2). ¡Gentil singular el que viola el derecho del dueño cuyos intereses maneja pretendidamente! ¿Se administran los intereses de aquél á quien se despoja?

Queda el arreglo de la indemnización. Cuando el poseedor es de buena fe, la ley da la elección al propietario rei-

1. Grenier, Discurso núm. 15 (Loeré, tomo 4º, p. 99).

2. Domolombe, tomo Vº, p. 626, núm. 675.

vindicante, «ó de reembolsar el valor de los materiales y del precio de la mano de obra, ó de reembolsar una suma igual á aquélla en que el fundo ha aumentado.» Desde el momento en que el propietario debe conservar las obras, las aprovecha, luego debe una indemnización al poseedor, porque la equidad no permite que se enriquezca á sus expensas. ¿Con qué se enriquece? Con el aumento de valor que su fundo ha adquirido por los trabajos que el poseedor ha hecho; luego este aumento es lo que debería pagar según los principios generales. ¿Por qué la ley le da el derecho de pagar la mejora? Generalmente la mejora será más considerable que el aumento de valor, y entonces el propietario ofrecerá naturalmente el aumento; pero puede suceder que ella sea menor; en este caso excepcional, la ley deroga los principios en favor del propietario. Puede ser muy oneroso para él tener que conservar construcciones que no habría hecho y que quizás no puede pagar; el legislador ha tenido en cuenta esta enojosa posición, permitiéndole que pague al poseedor la menor indemnización posible.

En cuanto al poseedor de mala fe, el propietario puede forzarlo á que suprima las construcciones y plantaciones; éste es su derecho estricto. El derecho exige, además, que la supresión se haga á expensas del poseedor y que además sea condenado á daños y perjuicios por el daño que experimenta el propietario del fundo (art. 555). Estas obligaciones son la consecuencia jurídica de la mala fe del poseedor. Pero el propietario puede también conservar las plantaciones y construcciones, si lo prefiere, ellas le pertenezcan a título de accesión. Si él las conserva, la equidad exige que indemnice al poseedor. La ley decide que debe reembolsar el valor de los materiales y el precio de la mano de obra, sin tener en cuenta el aumento de valor que el fundo ha podido recibir. Esta disposición ha sido criticada, y con razón. ¿Cuál es

el principio en cuya virtud el propietario reinvindicante debe una indemnización al poseedor de mala fe? La máxima de equidad que no permite que nadie se enriquezca á expensas de otro. Luego el propietario no puede estar obligado sino en tanto que se enriquece. Ahora bien, él no se enriquece con la mejora, él se enriquece con el aumento de valor; por consiguiente, éste es él que debería restituir. Segundo el código, es al contrario, el poseedor es el que se enriquecerá á expensas del propietario; él gasta veinte mil francos y procura al fundo un aumento de valor de quince mil; el propietario le deberá veinte mil francos; sin embargo, los cinco mil francos que forman la diferencia entre el gasto y el aumento de valor estaban perdidos para el poseedor en el momento de la evicción, luego los gana. ¿Se consibe que la mala fe se vuelva una ocasión de provecho? ¿Se concibe que el propietario cuyo derecho se ha violado está obligado á enriquecer al usurpador que ha querido despojarlo?

Se ha dirigido otro reproche á la ley. Supongamos, dentro de la hipótesis que acabamos de hacer, que el poseedor sea de buena fe, el propietario le ofrecerá el aumento de valor de quince mil francos, mientras que el poseedor de mala fe deberá pagar veinte mil francos. La contradicción es evidente, y no se explica sino por las frecuentes correcciones que ha sufrido el art. 533. En vano se dice, para justificar la ley, que ésta da al propietario el derecho de forzar al poseedor de mala fe á que quite las construcciones y que este derecho riguroso obligará al poseedor á pasar por todas las condiciones que el propietario quiere imponerle; esto es cierto, pero no justifica la decisión del código; sigue siendo verdad decir que si el poseedor no cede á las amenazas del propietario, y si éste se empeña en conservar las construcciones, deberá pagar al poseedor de mala fe más

de lo que habría debido pagar al poseedor de buena fe (1).

263. En la aplicación del principio asentado por el artículo 555, se presentan algunas ligeras dificultades. Todo depende de la buena ó de la mala fe del poseedor. ¿Cuándo es éste de buena fe? Ya hemos dicho que el texto decide la cuestión. Es de mala fe cuando posee en virtud de un título cuyos vicios conoce. ¿Pero qué momento debe considerarse para decidir si el poseedor es de buena ó de mala fe? Se sabe que el código tiene acerca de este punto decisiones diversas para la prescripción y para la adquisición de los frutos. Como el art. 555 remite á los arts. 549 y 550, el último principio es el que debe aplicarse por analogía. Los jurisconsultos romanos así lo decidieron. No basta, dice Juliano, que el poseedor haya sido de buena fe cuando adquirió; si, en el momento en que construye, conoce los vicios de su título, es culpable, porque construye á sabiendas en el fundo ajeno, y viola, por consiguiente, el derecho del propietario, lo que lo constituye de mala fe (2). Pero hay que decidir también que si el poseedor ignorase los vicios de su título en el momento de la construcción, puede reclamar los derechos de un poseedor de buena fe, aun cuando hubiese conocido más tarde los vicios que infectan su título. Porque él ha construido como propietario, creyéndose con el derecho de construir, por lo que importa poco que sea después, hablando legalmente, de mala fe; esta mala fe es extraña á la construcción, y de ella no resulta que se haya violado á sabiendas el derecho del propietario.

1 Mareadé, tomo 2º, p. 406, art. 555, núm. 2; Díteauroy, *Domini y Roustaing*, tomo 2º, p. 71, núms. 111 y 112; Duranton, tomo 4º, pagina 330, núm. 378.

2 L. 37 D., *de reicindie*. (VI, 1; Pothier, *Del dominio de propiedad*, núm. 351; Demolombe, tomo 9º, núm. 677.

264. Cuando el poseedor es de buena fe, el propietario no tiene el derecho de pedir la supresión de las obras. En derecho romano, se permitía al juez que decidiese conforme á las circunstancias de la causa y á la posición de los litigantes. Así es como Celso estima que, para no impedir que un propietario poco acomodado que recobre su patrimonio, no se debe conceder al poseedor de buena fe más que la facultad de llevarse lo que puede quitar sin deteriorar el fundo (1). Esta decisión es muy jurídica; el poseedor está sin derecho, él no puede invocar más que la equidad; ahora bien, en el caso de que tratamos, la equidad aboga por el propietario. Pero nuestros tribunales ya no gozan de la amplitud de poder que tenían los jueces en Roma; están encadenados por un texto, y en presencia del texto todas las consideraciones de equidad se desvanecen, aun cuando la ley contuviese una decisión de equidad (2).

En cuanto al poseedor de mala fe, puede verse obligado á demoler las construcciones, á arrancar las plantaciones, por el hecho solo de que es de mala fe. En vano pretendiera él haber mejorado la heredad procurándole mayor valor; se le cuestionaría que él no tiene ningún título para mejorar el fundo ajeno, que si ha verificado trabajos de donde resulta un incremento de valor, no ha sido por interés del propietario, en atención á que lo había despojado; no se prestan servicios á aquellos á quienes se despoja. Hay una sentencia en este sentido, y la cuestión no tolera la menor duda (3).

Cuando el poseedor es de buena fe, el propietario reivindicante puede conformarse con reembolsarle el aumento de valor, y tal será el partido que generalmente tomará, su-

1 L. 38, D., *de reieñdic* (VI, 1), Ducourroy, Bonnier y Rouston, t. 2º, número 114.

2 Purdeos, 12 de Diciembre de 1835 (Dalloz, *Propiedad*, núm. 418).

3 Bruselas, 12 de Febrero de 1828 (*Pasjcrisia*, 1828, p. 54).

puuesto que es raro que el gasto sea menor que el aumento de valor que dicho gasto ha procurado al fundo. Nace entonces la cuestión de lo que debe entenderse por aumento de valor. Creemos que el texto del art. 555 decide la dificultad; él dice que el propietario debe reembolsar al poseedor una suma igual á aquella con que el *fundo* ha aumentado de valor. La ley no dice que se deba tener en cuenta la utilidad que el propietario deriva; hace á un lado las conveniencias personales para atenerse á un elemento de apreciación que no deja duda alguna; se compara el valor que tenía el fundo antes de los trabajos y el que tiene desde que se hicieron las construcciones ó plantaciones, y la diferencia en que más constituye el aumento de valor. Tal es el sentido vulgar de las expresiones que emplea el legislador; y nada prueba que él haya pretendido desviarse de ellas.

Se pretende, no obstante, que los tribunales gozan, en esta materia de un poder discrecional; se dice que podían tener en cuenta la utilidad que para el propietario tienen las construcciones, y sin sus recursos (1). Este es el sistema romano, que permite á los jueces que decidan con equidad; es también la doctrina de Pothier, que enseña que el juez podrá no fijar la atención en el valor venal en el caso en el que el propietario no lo aproveche (2). Pero Pothier y los jurisconsultos romanos no estaban ligados por un texto, y por lo tanto, podían modificar su decisión conforme á las circunstancias y á la posición del propietario. ¿Hay que repetir que tenemos un código, y que éste es una ley que nos encadena? La máxima de equidad ha venido á ser un principio de derecho, y éste nos dice que el poseedor tiene derecho á una indemnización, la cual consiste en el aumento de valor que él ha procurado al fundo, que el valor en de-

1 Demolombe, tomo 9º, p. 631, núm. 681, p. 649, núm. 690.

2 Pothier, *Del dominio de propiedad*, núm. 348.

recho es el valor venal, que si dicho incremento es de cinco mil francos, pierde por la evicción una suma de cinco mil francos, con la cual se enriquece el propietario, supuesto que su fondo vale cinco mil francos más; si el propietario no le reembolsase dicha suma, aquél se enriquecería á expensas del poseedor; luego debe reembolsarla. En vano diría el propietario que ese incremento no aumenta el goce de la cosa, y que él no quiere vender. Estas consideraciones de hecho no pueden invocarse contra el derecho.

Interroguemos ahora á la jurisprudencia que se invoca á diestra y siniestra. Se ha fallado que el incremento de valor debía fijarse por expertos (1). Nada es más lógico. ¿Pero cuáles serán las bases del juicio pericial? No existe otra más que el valor venal que el fondo ha adquirido por las construcciones, comparado con el que tenía el fondo antes de coméñzados los trabajos. La corte de casación ha resuelto que la sentencia contra la cual se había interpuesto recurso, había aplicado bien el art. 555 investigando el valor *intrínscico* y *útil* agregado á una propiedad por las construcciones (2). El valor *intrínscico* es ciertamente el valor venal; este valor es *útil* al propietario, aun cuando por el momento no le fuese de provecho, supuesto que le aprovechará á él y á sus sucesores cuando vendan.

263. Hay ciertas dificultades particulares para los establecimientos industriales. Un poseedor de buena fe emprende construcciones, y es despojado. ¿Se estimará el aumento de valor por el aumento de rentas? Semejante cálculo conduciría á resultados muy injustos. En efecto, las rentas de una fábrica aumentan por miles de causas independientes de las construcciones que en ella se hayan verificado;

1 París, 1º de Marzo de 1808 (Dalloz, *Prescripción*, núm. 952, 3º).

2 Sentencia de denegada apelación, de 26 de Julio de 1833 (Dalloz, *Propiedad*, núm. 431).

Luego debe verse cual es, en el momento general que existe en el momento de la evicción, la parte que debe atribuirse á las construcciones; cálculo muy difícil, pero que á pesar de esto es el único que sea justo. La corte de Pau ha decidido, y con razon, á lo que creemos, que debe uno ceñirse, sobre todo, al valor intrínseco de las construcciones, sin tener en cuenta la renta que la fábrica produce, á menos que dichas construcciones hayan influido en la renta (1). Una dificultad análoga puede presentarse en las construcciones ordinarias; ellas aumentan de valor por la apertura de una vía de comunicación. Hay que hacer abstracción de este incremento accidental que reciben los edificios antiguos y las nuevas contrucciones, y considerar únicamente el incremento que resulta de las obras emprendidas por el poseedor. Luego en definitiva, lo que debe atenderse es el valor de esas construcciones.

266. ¿Qué época debe considerarse para estimar el incremento? No la de la construcción, sino la de la restitución. Esto es de derecho común. El principio resulta de la naturaleza misma de la obligación impuesta al propietario; él está obligado en tanto que se enriquece, y no se enriquece sino desde el momento en que vuelve á la posesión de la cosa. Así, pues, sin el incremento producido primitivamente él no debe nada, supuesto que con nada se enriquece. Si el incremento ha disminuido él no debe reembolsar sino lo que todavía existe cuando se le restituye el fundo, porque dicho valor es lo que le aprovecha.

Hay una excepción á este principio, respecto á las plantaciones. Las plantas aumentan de valor á medida que crecen. ¿Debe tenerse en cuenta este incremento á la hora de la evicción? El principio general, tomado al pie de la letra,

1 Pau, 29 de Julio de 1868 (Daloz, 1868, 2, 239).

lo exigiría; pero esto equivaldría á aplicar el principio al revés del buen sentido, y en posición con los más elementales principios de interpretación. Si el propietario tiene que indemnizar al poseedor, es porque éste ha hecho mejoras que aprovechan al propietario; pero, en el caso de que tratamos, no es la mejora lo que ha procurado el mayor valor á las plantas, sino al suelo del propietario, en el cual las plantas han extraído su alimentación. Luego si se le obligara á pagar una indemnización por este capítulo al poseedor, él le reembolsaría un valor que él mismo, es decir, su cosa; ha procurado á las plantas; en definitiva, el poseedor se enriquecería á expensas del propietario. Lo que sería absurdo á la vez que injusto. Hay una sentencia en el sentido de nuestra opinión, y la decisión nos parece dudosa (1).

267. Cuando el poseedor es de mala fe y cuando el propietario quiere conservar las construcciones y plantaciones, éste debe reembolsar al poseedor, dice el art. 555, el valor de los materiales y el precio de la mano de obra. ¿Qué es lo que se entiende por valor? Lo que la ley dice de la mano de obra no deja duda alguna sobre la cuestión. La mejora operada por el poseedor consiste en lo que ha desembolsado por la mano de obra; luego lo mismo es respecto á los materiales. La misma cuestión se presenta cuando el propietario reembolsa al poseedor de buena fe, por tener derecho á ello, «el valor de los materiales y el precio de la mano de obra.» Expresiones idénticas en una sola misma disposición deben tener el mismo sentido. En vano se dirá que debe establecerse una diferencia entre el poseedor de buena y el de mala fe; la respuesta se halla en el texto. La ley no da ninguna cuando se trata del reembolso de la mejora, y ni lugar habrá para darla, porque la buena ó mala fe del

1 Paris, 22 de Diciembre de 1851 (Dalloz, 1854, 5, 573).

poseedor no indiferente en el otro caso, el gasto real debe reembolsarse, y una sola manera existe para calcular dicho gasto (1).

## *II. ¿A qué trabajos se aplica el art. 555?*

268. Los autores establecen como principio que el artículo 555 no se aplica más que á las obras enteramente nuevas; Demolombe añade esta restricción, que la ley prevee en este caso, si no exclusivamente, al menos principalmente excepción que destruye la regla (2). Planteado en tales términos generales, el principio debe rechazarse, porque introduce en la ley una distinción que no está ni en el texto, ni en su espíritu. Desde el momento en que hay construcciones y plantaciones, el texto del art. 555 es aplicable, y no hay motivos para que no se aplique, aun cuando las construcciones se uniesen á otras ya existentes, que las plantaciones no hiciesen más que completar plantaciones comenzadas.

Hé aquí el interés de la cuestión. El art. 555 da al propietario el derecho de forzar al poseedor de mala fe, á que haga desaparecer las construcciones y las plantaciones: ¿éste derecho riguroso puede ejercitarse siempre? Del mismo modo, el art. 555 da al propietario, en caso de buena fe del poseedor, la elección para reembolzarle la mejora ó el incremento: ¿tiene siempre el propietario dicha opción? Cuando los trabajos son de simple conservación, ó cuando son mejoramientos de una obra existente, ya no estamos dentro de los términos del art. 555; las relaciones entre el propietario y el poseedor se norman entonces, no por la consideración de la buena ó de la mala fe del poseedor, si-

1 Pau, 20 de Julio de 1868 (Dalloz, 1868, 2, 239)

2 Aubry y Rau, tomo 2º, p. 260, Demolombe, tomo 9º, p. 638, números 685, 686 y 688.

no por la naturaleza de los trabajos: si éstos son necesarios todo poseedor tiene derecho á una indemnización completa; si son útiles, el propietario está obligado hasta la concurrencia de aquello con que se enriquece. La buena ó la mala fe del poseedor no sé toma en consideración sino en caso de pérdida fortuita y en lo que concierne á las reparaciones de pura conservación. El propietario no puede forzar al poseedor á que quite sus obras, oponiéndose á ello la naturaleza misma de las cosas; no se pueden quitar reparaciones ni mejoras. El propietario no tiene tampoco el derecho de opción, siendo éste exorbitante, excepcional, no puede admitirse sino en el caso en que la ley lo consagra expresamente.

269. Hay, pues, trabajos que no caen dentro de la aplicación del art. 553 y éstos son los que no pueden llamarse construcciones. ¿Pero cómo distinguir los trabajos que están regidos por el art. 553 y los que se quedan bajo el imperio de los principios generales? Acabamos de decir que las reparaciones necesarias y útiles no están regidas por el artículo 553. En cuanto á las reparaciones necesarias, fácil es distinguirlas de las construcciones. No sucede lo mismo con las mejoras que se llaman útiles, las cuales pueden consistir en construcciones parciales y ¿hay entonces lugar á distinguirlas de las construcciones de que habla el art. 553? Hay un carácter que distingue las simples mejoras, y es que se identifican con la cosa, de suerte que no pueden ya ser separadas de ella; mientras que las construcciones pueden siempre quitarse. Esta distinción está consagrada por el texto de la ley; el art. 553 establece que el propietario tiene el derecho de retener las construcciones ó de obligar al tercero á que las *quite*. Luego cuando no es posible quitar las obras, la ley se vuelve inaplicable. Se vuelve á entrar

entonces en los principios generales que antes hemos expuesto.

270. Queda por saber si esta distinción que resulta de los textos está también fundada en la razón. Cuando un poseedor de mala fe hace construcciones que pueden quitarse, la ley da al propietario el derecho de pedir su supresión, aun cuando las obras hubiesen procurado un aumento de valor al fondo. Nosotros hemos dicho cuáles son los motivos de este derecho riguroso; el poseedor es culpable, y sería contrario á la equidad que el usurpador pudiese obligar al propietario á conservar trabajos que, por útiles que sean, pueden serle inútiles, en el sentido de que él no los hubiese hecho. El poseedor de mala fe, por su lado, aprovecha al menos los materiales. Pero cuando se trata de simples mejoras, el poder de exigir la supresión de los trabajos ya no se concibe; no está fundado en derecho, estando obligado el propietario á indemnizar al poseedor los trabajos que él mismo habría debido hacer, si las mejoras son necesarias, ó que probablemente habría hecho, si las mejoras son útiles; en este último caso, la equidad se opone á que el poseedor, aun que fuese de mala fe, sea obligado á destruir lo que ha hecho, porque la destrucción á nadie aprovecha, mientras que los trabajos, si se les conserva, aprovecharán al propietario.

En cuanto á la opción que el art. 555 da al propietario cuando se han hecho construcciones por un poseedor de buena fe, no pertenece al propietario respecto á las mejoras útiles. Aquí parece haber anomalía: ¿por qué la ley da la elección cuando se trata de construcciones, mientras que la rehusa implícitamente cuando se trata de mejoramientos? Hay una razón para esta diferencia. Desde luego todo buen padre de familia ejecuta los trabajos de mejoramiento, luego puede decirse que al ejecutarlos, el posee-

dor ha hecho lo que probablemente el propietario mismo habría hecho, por lo tanto es justo que el propietario abone en cuenta al poseedor el valor del incremento. Pero no todo propietario construye y ni siquiera puede construir; la equidad exigía, pues, que en el caso en que él debe conservar construcciones que tal vez no habría hecho, no está obligado por este capítulo más que al menor gasto posible; de aquí la elección entre el reembolso del gasto de la mejora y el reembolso del incremento.

### *III. ¿A qué poseedores se aplica el art. 555?*

271. ¿El art. 555 es general? ¿Se aplica á todo detentador que hace construcciones ó plantaciones en un fundo que no le pertenece? ¿Debe aplicarse notablemente, á los casos en que hay un vínculo de obligación entre el propietario y el que ha construido ó plantado en un fundo, vínculo que deriva de un contrato ó de un quasi contrato? El texto contesta á nuestra cuestión. Supone que las construcciones las ha hecho un *tercero*; ahora bien, cuando hay vínculo de obligación entre el poseedor y el propietario, el poseedor deja de ser un *tercero*. ¿Cuáles son, pues, los terceros de que habla el art. 555? Se trata de un *tercero despojado*, es decir, de un tercero que posee como propietario, sea de buena, sea de mala fe, contra el cual el propietario reivindica su fundo. Luego cuando el propietario procede, no en reivindicación, sino por una acción personal que nace de un vínculo de obligación, ya no estamos dentro del texto del art. 555. Y el espíritu de la ley, tampoco es aplicable. Cuando el propietario reivindica su fundo, procede en virtud de su derecho absoluto de propiedad; en principio, á nada está obligado respecto al poseedor; únicamente por consideraciones de equidad es por lo que el propietario está obligado á indem-

nizarlo; pero la equidad exige que se distinga entre el poseedor de buena fe y el de mala fe. Cuando el propietario procede en virtud de un vínculo de obligación, el derecho absoluto de propiedad ya no está en cuestión, ni por consiguiente, la equidad que viene á modificarlo. Hay un contrato ó un quasi contrato que liga á las partes; ahora bien, los contratos son una ley para las partes, y una ley para el juez; no puede invocarse la equidad para modificarlos; conforme á la naturaleza particular de la obligacióu que existe entre las partes, es como deben resolverse todas las dificultades.

Si el art. 555 no es aplicable á poseedores que no son terceros, ¿no se puede al menos aplicarlo por vía de analogía? Así se admite (1). Esto mismo nos parece contradictorio á los principios que rigen la interpretación de las leyes. No existe analogía entre los derechos reales y los derechos de obligación, y aun cuando, en un caso particular, se halle alguna analogía entre el demandado y el tercer poseedor, todavía sería imposible aplicar el art. 555, porque no es un artículo de principio; deroga, al contrario, los principios con consideraciones de equidad; luego es una disposición especial, qué, por la naturaleza de las cosas, debe cerrarse en el caso para el cual se ha establecido.

272. El vendedor promueve la nulidad, la rescisión ó la resolución, ó un donador promueve la revocación. Hay en esto un poseedor despojado; ¿si ha hecho construcciones ó plantaciones, debe aplicársele el art. 555? La negativa nos parece clara. ¿Cuál es el efecto de la anulación, de la rescisión, de la resolución ó de la revocación? Que el contrato se tiene como que jamás ha existido; luego no hay poseedor que haya poseído como propietario, en virtud de un título cuyos vicios conoce ó ignora, título que puede oponer al propietario reivindicante para establecer su buena fe. Se

1 Demante, *Curso analítico*, tomo 2º, p. 469, núm. 392, bis 1.

reputa que el comprador jamás ha comprado, luego jamás ha tenido título, y por lo tanto, no puede decirse que sea de buena ó de mala fe. Sigue lo mismo con el donatario. Supuesto que se tiene al poseedor como que jamás ha poseído, supuesto que se considera al propietario como que siempre ha permanecido propietario, debe resolverse que las dos partes deben volver á ser puestas en la misma posición en que estaban antes de haber contratado. De aquí la consecuencia de que las construcciones hechas por el poseedor deben demolerse, sin distinción entre el poseedor de buena fe y el de mala, supuesto que no hay ni buena ni mala fe legales.

Hay incertidumbre en la doctrina acerca de este punto. Demolombe enseña también que el art. 553 no es aplicable; de ello infiere que el propietario no tiene, en general, al menos, el derecho de pedir la supresión de las obras; él no podría hacerlo, sino á título de daños y perjuicios (1). Sin duda, el propietario no puede pedir la supresión de las obras en virtud del art. 553, porque él no reivindica por su fundo, y no se halla frente á un poseedor de mala fe. Pero él puede pedir esa supresión en virtud del aniquilamiento del contrato; de ello resulta que el poseedor jamás ha tenido título, ni aun aparente, para hacer lo que hace; luego lo que ha hecho debe demolerse. Este resultado ha parecido demasiado duro á otros autores. Aubry y Rau deciden, en principio, cuando se trata de la resolución de los contratos, que el constructor puede ser forzado á quitar las construcciones que ha hecho. Pero ellos admiten una excepción para tal ó cual condición resolutoria, en razón de las relaciones que existen entre las partes (2). Esto es inadmisible. Si el principio es, que la resolución ó la anulación del con-

1 Demolombe, tomo 9º, p. 561, númer. 691, *bis*.

2 Aubry y Rau, tomo 2º, p. 261, nota 18, del pfo. 2º.

trato implique para el poseedor la necesidad de demoler, este principio debe recibir siempre su aplicación, salvo los casos en que la ley lo deroga. Pero la ley es la única que tiene este poder, ella sola puede crear excepciones á los principios que establece, ella sola puede decir en tal condición resolutoria, ó según tal anulación, habrá lugar á indemnizar al demandado por las construcciones que ha hecho, en razón de la naturaleza particular de la resolución. El intérprete no tiene ese poder, porque crear excepciones equivale á hacer la ley.

273. Hasta aquí hemos supuesto que el propietario es el que pide la nulidad ó la resolución. ¿Qué debe resolverse si el adquirente es el que pide la anulación ó la resolución? El efecto jurídico del fallo es el mismo: lo que es nulo no puede producir ningún efecto, y lo que está resuelto se tiene por no haber existido jamás. Pero el adquirente podrá tener derecho á una indemnización á título de daños y perjuicios. La corte de casación así lo ha resuelto en un caso en que se pedía la rescisión de una venta inmobiliaria por vicios ocultos (1). Hay en este caso una dificultad de texto; insistiremos en el título de la *Venta*. La acción redibitoria es una acción resolutoria, luego debe aplicarse el principio de que la venta resuelta se tiene por no haber existido jamás. No obstante, el vendedor está obligado a indemnizar al comprador del perjuicio que ha sufrido. Ahora bien, como el comprador construyó en la ignorancia de los vicios, sufre un perjuicio evidente, en que las construcciones se mantengan en pie ó en quese demuelan. El tiene derecho á la reparación de ese perjuicio. La corte de casación invoca el árt. 555. Y no obstante, ella casó la sentencia de la corte de apelación que había condenado al propietario á restituir la mejora al

1 Sentencia de casación, de 29 de Marzo de 1852 (Daloz, 1852, 1, 65).

poseedor. Esta decisión prueba cuán incierta es la jurisprudencia. En efecto, si el art. 555 es aplicable debe, resolverse que el propietario puede escoger entre reembolsar la mejora ó el incremento. En el caso de que se trata, esta opción no tiene sentido; ella supone que un propietario reivindica y vuelve á la posesión de su heredad, lo que implica que no hay falta alguna que reprochar al propietario reivindicante. Por el contrario, cuando se resuelve una venta por vicios redibitorios, el poseedor es el que procede contra el antiguo propietario; éste en calidad de vendedor, está obligado á reparar el daño que ha causado por su culpa ó por su dolo. Esto prueba que debe hacerse á un lado el atr. 555.

274. ¿Se aplica el art. 555 al caso en que las construcciones son hechas por copropietario, tales como los co-asociados ó coherederos? Si se admite el principio que hemos dejado establecido, la cuestión ni siquiera puede agitarse. Un copropietario ciertamente que no es un tercero; un co propietario no reivindica contra un co propietario. El texto del art. 553 es inaplicable (1). Sucede lo mismo con el espíritu de la ley. Cuando la propiedad está separada de la posesión, y esto es lo que supone el 553, el poseedor posee como propietario, y por consiguiente, contra el propietario; él tiene la pretensión de ser propietario exclusivo. Si él edifica, lo hace por su cuenta y por su interés. Viene entonces un propietario que reivindica. Se traba un conflicto entre el derecho de propiedad y la equidad que milita en favor del poseedor.

El art. 553 resuelve este conflicto. Pero cuando hay dos co-propietarios, y deja de haber propiedad exclusiva, el derecho de uno de ellos está limitado por el derecho igual del

1 Véase en el mismo sentido, Demolombe, tomo 9º, núm. 691, bis; Aubry y Rau, tomo 2º, p. 261 y nota 19.

otro. Síguese de aquí que ninguno de ellos tiene el derecho de edificar en el fundo común sin el concurso del otro. Si uno de los co-propietarios lo hace, el otro puede pedir la supresión de las construcciones, como que violan su derecho de co-propiedad. ¿Invocaría el constructor su buena fe? ¿Cómo habría de ser de buena fe, en el sentido legal de la expresión, cuando el art. 550 supone á un tercer poseedor frente á un propietario, mientras que en el caso de que se trata hay dos co-propietarios en pleito? Hay, sin embargo, una sentencia de la corte de casación que implica que el art. 555 es aplicable; pero la sentencia no tiene valor doctrinal porque no discute la cuestión (1).

275. Hay, además, otra cuestión muy debatida, la de saber si el art. 555 debe aplicarse á los detentadores á título precario, arrendatarios, usufructuarios, enfiteutas. Todos son poseedores precarios en el sentido de que no poseen como propietarios, obligándolos su mismo título á devolver la cosa al propietario, cuando el derecho de aquellos espira. En nuestra opinión, no hay duda alguna. El texto del art. 555 no es aplicable, porque supone á un tercer poseedor en conflicto con un propietario reivindicante; y no son esas las relaciones entre el arrendatario, y el arrendador, entre el usufructuario y el propietario nato, entre el enfiteuta y el dueño. Esto es decisivo. Luego hay que aplicar los principios especiales que rigen el arrendamiento, el usufructo y la enfiteusis. Volveremos á ver la cuestión cuando tratemos de diversas materias. Por el momento, hay que insistir en el principio tal como lo formulamos, supuesto que se discute. Lo que no puede discutirse, es que el final del art. 555, en donde se trata del poseedor de buena fe, habla de un tercer poseedor, que posee, como propietario, en virtud de un

1 Sentencia de denegada apelación, de 7 de Agosto de 1832 (Dáiloz, *Propiedad*, núm. 449).

título translativo de propiedad cuyos vicios ignora. Siendo esto así, el principio del artículo debe referirse al poseedor de mala fe, es decir al que posee como propietario, pero sin título, ó en virtud de un título cuyos vicios conoce (1). Se pretende que el principio del artículo es general, ; que, por consiguiente, se aplica á todo poseedor á título precario (2). ¡Vaya una extraña interpretación! Así es que en una sola y misma disposición que tiene por objeto normar las relaciones entre el propietario y el poseedor, la palabra poseedor tendría dos sentidos diferentes: significaría primero todo poseedor, aun el detentador á título precario, y significaría, además, un poseedor á título de propietario. ¿Cómo es que no se ve que en esto habría una contradicción lógica? El texto mismo del código se resiste á esta interpretación: la primera parte del art. 555 habla de un *tercero*. Hay que preguntar ¿si el *arrendatario* es un *tercero* respecto al *arrendador*? ¿si el ensiteuta es un tercero respecto al dueño? Ni siquiera puede decirse que el usufructuario sea un tercero, porque cuando se habla de un *tercero*, esto supone que no existe ninguna relación entre dicho tercero y el actor. Y acaso no hay ninguna entre el propietario nato y el usufructuario. Así, pues, el texto no es aplicable á los terceros detentadores, á título precario, lo que decide la cuestión.

#### *IV. De las indemnizaciones debidas al poseedor.*

276. ¿Contra quién tiene acción el tercer constructor? Cuando el propietario es el que reivindica, no hay cuestión, el poseedor es demandado, y su indemnización la reclama al actor. Se ha fallado que la acción de indemnización de-

1 D'neaurroy, Bonnier y Roustant, tomo 2º p. 70, núm. 110.

2 Demolombe, tomo 9º, p. 658, núm. 672.

bería intentarse contra el que era propietario en el momento en que se hicieron las construcciones. El adjudicatario, dice la sentencia, ha adquirido el terreno en el estado en que se hallaba en el momento de la adjudicación; y en esta época, las construcciones existían en el fundo, el tercer constructor no ha mejorado, pues, la cosa del adjudicatario. El debe pedir la indemnización al antiguo propietario cuya cosa ha mejorado (1). Sin duda que éste es el que, en el caso de que se trata, debe pagar la indemnización. ¿Pero de allí debe inferirse que contra él debe formularse la demanda? ¿Con qué título promovería el constructor contra el antiguo propietario? ¿En virtud de un vínculo de obligación? Jamás lo ha habido. Y no puede perseguirlo como propietario, porque ya dejó de serlo. Hay una sentencia en el sentido de nuestra opinión. El inquilino es el que construye, el arrendador vende. La corte de casación ha resuelto que el tercer poseedor podía promover contra el comprador, salvo, entiéndase bien, que éste pleitee contra su vendedor (2).

277. ¿Quién debe rendir la prueba de que las construcciones se hicieron por el tercer poseedor y á sus expensas? El art. 553 establece, en favor del propietario del fundo, la presunción de que las construcciones se hicieron por el propietario y á sus expensas. Luego nada hay que probar (artículo 1352). Al poseedor corresponde rendir la prueba contraria (3). ¿Cómo la rendirá? Ya hemos contestado a la pregunta. Construir es un hecho puro y sencillo, que no engendra por si mismo ni derecho ni obligación; luego no hay lugar á aplicar el art. 1341, que no admite la prueba testimonial de los hechos jurídicos sino cuando el litigio no

1 Colmar, 14 de Marzo de 1853 (Daloz, 1853, 5, 381).

2 Sentencia de denegada apelación, de 23 de Mayo de 1860 (Daloz, 1860, 1, 384).

3 Aubry y Rau, tomo 2º, p. 258, nota 8.

excede de 150 francos. La prueba por testigos será indefinidamente admisible (1).

278. ¿El poseedor tiene acción contra el propietario, si en el momento en que se reivindicó el fundo, las construcciones ya no existen? Para que la cuestión pueda suscitarse, hay que suponer que las construcciones fueron destruidas por caso fortuito. Podría decirse que el caso fortuito hiere al propietario, según el viejo proverbio: *res perit domino*. Ahora bien, ¿quién es el propietario de las cosas en el momento en que perecen? El propietario del fundo en el cual se levantaron, en virtud de la presunción establecida por el art. 553, presunción confirmada por el fallo que despoja al tercer poseedor. Se contesta, y perentoria es la respuesta, que el tercer poseedor no tiene acción contra el propietario reivindicante sino en tanto que le ha enriquecido con sus trabajos; tan cierto es esto que el incremento de valor se estima en la época en que el propietario recobra su cosa. Ahora bien, cuando las construcciones han desaparecido, el propietario deja de aprovecharlas; luego no puede ser cuestión de exigirle una indemnización. En cuanto al proverbio que se invoca, no es aplicable sino cuando la propiedad es patente; y en el momento en que perecen las construcciones, la propiedad se separa de la posesión, es incierta, luego no es posible prevalecerse ni del proverbio, ni del art. 553 con el propietario cuyo derecho se reconoce posteriormente. El fallo retrograda en verdad, por la retroactividad no puede llegar hasta el punto que construcciones destruidas se tengan por subsistentes, y que se considere que sean provechosas al dueño, cuando ya no se aprovechan.

Si el tercer poseedor es el que ha demolido, es evidente que ya no puede tener acción. Pero sé pregunta si en este

1. Sentencia de denegada apelación, de 23 de Mayo de 1860 (Dalloz, 1860, I, 384). Aubry y Rau, tomo 2º, p. 180, nota 4.

caso, el propiero no tiene acción contra el poseedor. La corte de casación ha resuelto que si el poseedor es de buena fe, puede levantar construcciones, reemplazarlas por otras, y destruirlas; que, si en el momento de la reivindicación, las construcciones ya no existen, la única obligación impuesta al poseedor es que restituya el fundo tal como lo recibió (1). Esto no carece de dificultades. ¿No puede decirse que las construcciones se tornan propiedad de aquél á quien el suelo pertenece, y que, por lo tanto, el poseedor no puede demolerlas? Nuestra respuesta es siempre la misma. No, el poseedor no podría demoler si supiese que la cosa no le pertenecía; y en tal caso ciertamente que debería indemnizar al propietario. Pero supongamos que el poseedor es de buena fe; en el momento en que él demuele, se cree propietario, luego hace lo que él cree que tiene derecho á hacer. ¿Por qué capítulo debería él daños y perjuicios? Porque ésta, en definitiva, es una cuestión de daños y perjuicios que se agita entre él y el propietario. Ahora bien, no hay daños y perjuicios sin culpa. Y ninguna culpa hay que imputar al poseedor de buena fe. Si el fuera de mala fe, habría más que culpa, estaría obligado por todo el perjuicio que él causa por su dolo al propietario, y por tanto, á la demolición de las construcciones (2).

279. El poseedor es de buena fe, hace construcciones, percibe frutos. ¿Se compensará la indemnización á la que tiene derecho con los frutos que él gana? En el antiguo derecho la cuestión era debatida. Pothier enseñaba la afirmativa según los jurisconsultos romanos (3). Papinianus invoca la equidad, y hay circunstancias en que ésta se pro-

1 Sentencia de casación, de 16 de Febrero de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 120).

2 Aubry y Rau, tomo 2º, p. 258, nota 9.

3 Duranton, tomo 4º, núm. 377; Demolombe, tomo 9º, p. 630, número 680.

nunciaria por el propietario. En Roma y en nuestra antigua jurisprudencia, los jurisconsultos podían consular la equidad; no estaban, como nosotros, ligados por el texto de la ley. Según el código civil, la cuestión ya no es dudosa. El poseedor de buena fe tiene dos derechos: tiene derecho á los frutos, y lo tiene á una indemnización; compensar los frutos con la indemnización, equivaldría á privarlo de los frutos que la ley le otorga (1). Se objeta que debe tenerse en cuenta el espíritu de la ley. ¿Por qué da ella los frutos al poseedor? Porque se supone que él los consume, viviendo con mayor amplitud, según sus rentas. Si él emplea éstas en construcciones, no hay lugar á atribuirle los frutos. La respuesta se encuentra en el texto de la ley; no es exacto decir que ella no da los frutos al poseedor, sino porque presume que él los ha consumido; aun cuando todos los frutos existiesen en el momento de la reivindicación, el poseedor por esto no dejaría de ganarlos. Hagamos á un lado los sistemas imaginados para explicar la ley; no son las teorías de los autores ó que tiene fuerza de ley, sino el texto, y éste no deja duda alguna. Existe una sentencia en este sentido (2).

Hay, no obstante, un caso en el cual la doctrina y la jurisprudencia admiten una especie de compensación. Un poseedor de mala fe hizo los trabajos; el propietario los conserva reembolsando al poseedor el valor de los materiales y el costo de la mano de obra. Se pregunta primero si el propietario está obligado á los réditos de la indemnización que debe al poseedor despojado. La negativa es clara. El poseedor de mala fe debe, en verdad, restituir los frutos; pero esta obligación nada tiene de común con la indemnización que se le debe por construcciones; esta suma no puede cau-

1. Marcadé, tomo 2º, art. 655, núm. 3.

2. Pau, 29 de Julio de 1868 (Dalloz, 1868, 2, 239).

sar rédito sino conforme al derecho común. Otra cosa sería si las construcciones hubiesen producido un aumento de rentas; el propietario se enriquece, en este caso, con los frutos que son debidos á los trabajos del poseedor; es, pues, llegado el caso de aplicar la máxima de que el propietario no puede enriquecerse á expensas del poseedor, aun cuando éste fuese de mala fe. Acreedor por éste capítulo y deudor por el capítulo de los frutos que debe restituir, el poseedor puede retener los réditos de las sumas que él ha desembolsado; éstos réditos compensarán los frutos que él procura al propietario por sus trabajos. Esto es muy equitativo; sólo lo que nos parece más justo que el poseedor tenga derecho á los frutos que él ha producido por sus trabajos, que á los réditos de las sumas que ha desembolsado. Ya no estamos dentro del texto del art. 555; la indemnización no se reclama por las construcciones, sino por los frutos producidos por los trabajos; el texto no comprende más que la mejora, es decir, el costo de la mano de obra y el valor de los materiales. Fuera de esto, se vuelve al derecho común.

## § II.—DEL DERECHO DE ACCESIÓN EN CUANTO A LAS AGUAS.

### *Núm. I. Del aluvión y de los descubiertos*

#### *I. Principios.*

281. El código define el aluvión un terromontero de acrecentamientos que se forma insensiblemente en los predios ribereños de un río, y el mismo código decide que el aluvión aprovecha al propietario ribereño, sea que se trate de un río ó de un arroyo navegable, flotable ó no (artículo 556). Lo mismo es de los descubiertos, dice el art. 557, que el agua corriente forma al retirarse insenciblemente de una de sus riberas para dirigirse á la otra: el propietario de

la ribera descubierta aprovecha este aluvión sin que el ribereño del lado opuesto pueda venir á reclamarle el terreno que él ha perdido.

Portalis nos dirá los motivos de estas disposiciones. En el antiguo derecho, había lucha entre los ribereños, el Estado y los señores de alta justicia. Según varias costumbres los ribereños aprovechaban el aluvión, otras los atribuían al rey cuando el río era navegable, y á los señores altas justicias cuando el río no era navegable. Los ribereños eran sacrificados por la mayor parte de los autores. Portalis dice que los aluviones deben pertenecer al propietario ribereño por la máxima natural de que el provecho pertenece al que está expuesto á sufrir el daño. Unas propiedades ribereñas están más amenazadas que otras. Existe, por decirlo así, un contrato aleatorio entre el propietario ribereño y la naturaleza, cuya marcha puede á cada instante asolar ó aumentar ese fundo. En ese sentido se dice que los ríos dan y quitan como la fortuna. En cuanto á los méganos se podría objetar que el derecho á las tierras de aluvión debería pertenecer á los ribereños cuyas aguas cubren los fuudos. Portalis contesta que entre ribereños, la incertidumbre de los accidentes forma la compensación de las pérdidas y de las ganancias y mantiene entre ellos un equilibrio razonable (1). Este motivo es discutible; la propiedad no debe ser asunto de casualidad, la probabilidad podría volverse enteramente contra los unos, que quedarían de este modo despojados en provecho de los otros ribereños. En vano se dice, que siendo insensible el crecimiento es por lo mismo, imperceptible. El aluvión es insensible en el sentido de que no se le ve formarse; pero es muy perceptible, porque de

1. Portalis, Exposición de motivos, núms. 21 y 22 (Loeré, tomo 4º p. 82); Merlin, *Repertriorum*, en la palabra *terromontero aluvión*, Duauroy, Bonnier y Roustain, tomo 2º, p. 73, núm. 116.

lo contrario no se disputaría su posesión. El sistema más jurídico; en materia de aluvión, es el de varias de nuestras antiguas costumbres que permitían á los ribereños despojados por la acción de las aguas que reclamasen sus terrenos á aquéllos que se aprovechaban de sus despojos. Citaremos la costumbre de Vic en Auvernia.

282. El código decide formalmente que el aluvión aprovecha á los ribereños de las corrientes de agua navegables ó nó, flotables ó nó. ¿No es esto prescribir toda distinción entre las corrientes de agua? (1). Sin embargo, la doctrina distingue, pero es de una extrema incertidumbre, como sucede siempre que se abandonan los textos. Proudhon pretende que los términos de la ley no se aplican más que á los ríos, que no se pueden extender á los riachuelos (2). Nosotros hemos encontrado ya esta distinción que se pretende establecer entre los ríos navegables y los riachuelos. Nosotros la rechazamos porque el código la ignora.

En el caso de que se trata, ella viene á parar en negar el derecho de aluvión cuando se trata de lo que se llama riachuelos. Esta distinción ha parecido á Demolombe muy conforme con los textos, en los cuales nada se dice de ella, lo que no impide que haga una nueva distinción entre los riachuelos, según que su curso es ó nó continuo, y que el volumen de las aguas es ó nó bastante importante para que sirva de límite entre los fundos ribereños. Concluye diciendo que ésta es una cuestión de echo. ¡El derecho, una cuestión de hecho! ¿Para qué sirven entonces nuestros códigos?

283. ¿Cuándo hay aluvión? El art. 556 dice que es un crecimiento que se *forma* sucesiva e imperceptiblemente en los fundos ribereños. De aquí concluye Proudhon que el

<sup>1</sup> Chardon, *Del aluvión*, núm. 35; Championière, *De la propriété de las aguas corrientes*, núm. 432.

<sup>2</sup> Proudhon, *Del dominio público*, núms. 1265 y 1273; Demolombe, tomo 10, núm. 17; Aubry y Rau, tomo 2º, p. 248, nota 4.

aluvión debe ser la obra de la naturaleza misma (1); luego no habría aluvión si los ribereños practicasen obras con el fin de provocar el crecimiento que se opera en sus fondos, ó de activarlo. Esto parece estar también en armonía con el espíritu de la ley. ¿Puede decirse que el aluvión es un dón de la fortuna que quita á unos y da á los otros cuando es producido por los trabajos de los ribereños? ¿y puede permitirse á éstos que se despojen los unos á los otros? No obstante, la opinión contraria ha prevalecido, y creemos que con razón. Proudhon añade algo al texto al exigir que el acrecentamiento tenga lugar por la acción sola de la naturaleza, todo lo que la ley quiere, es que el aluvión se forme sucesiva é imperceptiblemente. En cuanto á las empresas que hicieren los ribereños unos contra otros, no es necesario decir que son ilícitas. Los ribereños pueden defenderse contra la acción de las aguas, y si estos trabajos defensivos favorecen la formación de las tierras de aluvión, los otros ribereños no tienen que quejarse, porque pueden hacer otro tanto (2). Hay una sentencia de la corte de casación en ese sentido. Esta sentencia hace constar que, á pesar de los trabajos ejecutados por los ribereños, el aluvión se ha formado insensiblemente; por lo tanto, debe pertenecer á los ribereños según el texto formal de la ley (3).

La aplicación del principio no carece de dificultades, cuando los trabajos que han procurado los aluviones han sido ejecutados por el Estado, sea por interés de la navegación, sea por el de la industria. Nosotros no creemos que esta circunstancia sola pueda modificar el principio. La ley no se atiene á la causa que produce el aluvión; ella no considera

1 Proudhon, *Del dominio de propiedad*, núm. 594.

2 Aubry y Rau, tomo 2º, p. 48, notas 7-8 y las autoridades citadas,

3 Sentencia de denegada apelación, de 8 de Julio de 1829 (Dalloz. *Propiedad*, núm. 570).

más que el modo de formación de los terromonteros; si el crecimiento es sucesivo é imperceptible, hay aluvión, y el aluvión pertenece á los ribereños. En vano diría el Estado que él es quien ha producido el aluvión, que, formado por el lecho por medio de trabajos de arte, debe pertenecer al propietario del lecho, es decir, al Estado, supuesto que se trata de un río navegable; esta objeción cae en presencia del texto, que para nada se fija en el origen del aluvión. No está en esto la verdadera dificultad. Se supone que á consecuencia de los trabajos, se han formado terreros de una manera perceptible é instantánea. ¿Hay que atribuirlos á los ribereños ó al Estado? Hay duda. Por una parte, el artículo 556, ya no es aplicable, supuesto que el aluvión no se ha formado sucesiva é imperceptiblemente, lo que parece decidir la cuestión contra los ribereños. Por otra parte, el artículo 561 no atribuye al Estado más que los terromonteros que se forman en el río, es decir, como lo diremos más adelante, los terromonteros que no están adheridos á las riberas; lo que parece decisivo contra el Estado. Nosotros creamos, no obstante, con la jurisprudencia, que los terromonteros instantáneos pertenecen al Estado. Le pertenecen por el hecho solo de que no son la propiedad de los ribereños; éstos no pueden reclamarlos porque se trata de un aluvión. Por lo tanto, opinamos que debe aplicarse el art. 539, por cuyos términos los bienes sin dueño pertenecen al dominio público. La jurisprudencia no invoca este principio, ella se funda en los arts. 556 y 560 (1). Ciento es que el art. 556 no es aplicable, lo que basta para hacer á un lado á los ribereños; pero queda por establecer el derecho del Estado. ¿Es cierto que el art. 560 lo consagra? A nuestro juicio, esta disposición no es concerniente más que á terreros que,

1 Sentencia de denegada apelación, de 8 de Diciembre de 1863 (Dalloz, 1864, 1, 114).

lo mismo que los islotes, están separados de los fundos ribereños por el curso del agua; más adelante insistiremos; luego realmente hay silencio en la ley, y por consiguiente, hay un terreno que á nadie se atribuye: lo que basta para que pertenezca al Estado.

284. En un negocio reciente, se ha presentado una nueva dificultad, acerca de la cual la corte de casación ha estado en desacuerdo con una corte de apelación. A nuestro juicio, la corte de apelación ha fallado bien. Se ejecutaron unos importantes trabajos para mejorar la navegación del Sena; estos trabajos debían importar considerables sumas, y el gobierno declaró, antes de emprendérlas, que él estaba en la inteligencia de aplicar á los ribereños la ley de 16 de Septiembre de 1807, que dice en su art. 30: «Cuando por trabajos públicos generales, departamentales ó comunales, ordenados ó aprobados por el gobierno, algunas propiedades privadas hayan adquirido un aumento notable de valor, dichas propiedades podrán encargarse de pagar una indemnización que podrá elevarse hasta la mitad de las ventajas que ellas hayan adquirido.» En consecuencia, se procedió á un juicio de peritos antes de principiar los trabajos; debía verificarse otro á la conclusión de éstos. Pero durante el curso de los trabajos, se produjeron aluviones sobre los cuales brotaron yerbas abundantes, cuya venta efectuada por el Estado produjo una suma de 120,000 francos en 8 años. Unos ribereños reclamaron esos aluviones como de su propiedad. La corte de Rouen les hizo ganar el pleito. En la sentencia consta que los terreros se opéraron «poco á poco, por progresos insensibles, que la formación de los aluviones es el resultado de un hecho natural del juego alternativo de las mareas, favorecido por el hecho artificial de la construcción de diques.» Esto equivale á decir que había aluvión, tanto por el texto del art. 556 como por la

doctrina consagrada por la jurisprudencia. Sin embargo, la sentencia fué casada. La corte de casación se funda únicamente en la ley de 1807; élla decide que en presencia de los decretos del gobierno, había que esperar el término de los trabajos, que en ese momento el Estado habría repartido entre los ribereños las ventajas que de ellos resultan, reduciendo la indemnización que debían soportar (1). Aquí hay error, á lo que creemos. El gobierno puede poner á cargo de los ribereños una parte de los gastos que ocasionan los trabajos que él ejecuta; pero si estos trabajos forman aluviones en el sentido del art. 556, él no puede apoderarse de ellos, aunque sea provisionalmente, para cosechar los frutos, porque estos aluviones pertenecen á los ribereños en virtud de la ley; ¿y con qué derecho tomaría el gobierno posesión de las tierras que son propiedad privada? ¿con qué derecho vendería él yerbas que á título de frutos pertenecen al propietario del fundo? La ley de 1807 no da ciertamente este derecho al Estado. En vano se dice que el gobierno había procedido á la delimitación de los fundos ribereños, de común acuerdo con los ribereños, de común recuerdo con los propietarios; esta delimitación tenía por objeto valuar el incremento de valor que resultaría de los trabajos, no daba un derecho al Estado sobre los aluviones que iban á formarse.

285. La palabra *terromonteros* que se halla en los artículos 556 y 560, da lugar á una cuestión acerca de la cual la doctrina está en desacuerdo con la jurisprudencia de la corte de casación. En el art. 556 no hay duda alguna sobre el sentido de esta expresión; los terromonteros son los acrecentamientos que constituyen el aluvión, y para que haya aluvión se necesita que el acrecentamiento sea sucesivo é

1 Sentencia de casación, de 7 de Abril de 1868 (Daloz, 1868, 1, 195).

imperceptible. Esto no es suficiente. El aluvión pertenece á los ribereños por derecho de accesión, lo que supone que la tierra de aluvión y el fundo ribereño no forman más que un solo terreno, es decir, que el terromontero debe estar adherente á la ribera para que los propietarios ribereños puedan reclamarla á título de aluvión. Este principio que resulta de la naturaleza misma del aluvión, está admitido por la doctrina y por la jurisprudencia. Hánse preguntado si el ribereño podía aprovechar el aluvión cuando su propiedad estaba cercada de un muro del lado del río. Se ha discutido la afirmativa. Si el texto del art. 555 es aplicable el espíritu no lo es, dícese; el aluvión es una compensación por los riesgos que corre el ribereño; ahora bien, en el caso de que se trata, es cierto que él no ha experimentado ninguna pérdida. Esto era razonar mal. El espíritu de la ley no exigé que el ribereño haya sufrido ya una pérdida, sino que pueda sufrirla; ahora bien, el cerco ciertamente que no impide que las aguas invadan su terreno. La corte de Nancay ha aceptado el aluvión.

Por aplicación de este principio, debe decidirse que no hay aluvión cuando el terromontero está separado de la ribera por el río. En teoría, esto no da lugar á duda alguna; pero por los hechos, puede ser dudoso si la corriente de agua que se halla entre el terromontero y el río es una parte del río, ó si son aguas que únicamente cubren la parte superior del terremontero, mientras la parte inferior forma cuerpo con la ribera. En el último caso, había aluvión; en el otro, no lo había. Los jueces resolverán conforme á la inspección de los parajes. Se ha fallado que si en ciertas épocas, existe un hilo de agua ó canaliza de algunas pulgadas de profundidad, esto no impide la contigüidad, si el estado de los parajes prueba que ordinariamente hay contacto en-

tre los terromonteros y el fundo ribereño (1). Pero al contrario, se ha fallado que no puede considerarse como aluvión un terromontero que no tiene adherencia al fundo del que lo reclama; en el caso, este hecho no era dudoso, puesto que la corriente de agua que separaba el terromontero del fundo ribereño tenía sesenta y dos metros de ancho y recibía las barcas, aun en las aguas medias (2).

Y hasta puede suceder que no haya aluvión, á pesar de la adherencia del terromontero á la ribera, y es cuando el terromontero forma parte del lecho del río. Este principio está igualmente consagrado por la doctrina y por la jurisprudencia. El lecho de los ríos navegables pertenece al Estado, lo mismo debe ser de los terromonteros que se forman en el lecho, porque forman parte de éste. ¿Con qué título los ribereños los reclamarían? ¿A título de aluvión? El terremontero está únicamente en vía de formación. Formará un aluvión si se desprende del río para adherirse al fundo, mientras que no formará un aluvión si está separado de los fundos ribereños por una parte del río.

Los ribereños no pueden reclamar los terromonteros sino cuando están formados, y no en tanto que se hallan en estado de formación. Hay que decir más: en tanto que los terromonteros forman parte del lecho del río, no pueden volverse propiedad de los ribereños, porque á los títulos de accesorio del lecho, forman parte del dominio público del Estado, es decir, de esa parte del dominio que no está en el comercio. Aquí surge una nueva dificultad. ¿Hasta dónde se extiende el lecho del río? ¿Es la linea bañada

1 Besançon, 3 de Agosto de 1836 (Dalloz, *Propiedad*, núm. 473, 2º). Compárese, sentencia de denegada apelación, de 1º de Marzo de 1832 (Dalloz, *ibid.*, núm. 473, 1º).

2 Sentencia de denegada apelación, de 2 de Mayo de 1826 (Dalloz, *Propiedad*, núm. 486); Aubry y Rau, tomo 2º, p. 250, núms. 13 y 14 y los autores que allí se citan.

por las aguas medias? Los jurisconsultos romanos se habían pronunciado ya por las aguas las más altas. Síguese el mismo principio respecto á las playas del mar; esto es muy jurídico. Las aguas medias son una ficción, y una ficción no existe sino en virtud de la ley. Síguese de aquí, que hay que decidirse entre las aguas bajas y las altas: éste último sistema es el que debe prevalecer por interés de la navegación. La doctrina y la jurisprudencia se hallan en ese sentido. La consecuencia es evidente. En tanto que los terromonteros forman parte del lecho del río, no son susceptibles de aprobación privada; luego no pueden pertenecer á los ribereños (1). ¿A quién pertenecen? Al Estado, propietario del lecho. Esto es lo que va á decirnos el art. 560.

286. Según los términos del art. 560, las islas, islotes y terromonteros que se forman en el lecho de los ríos; navegables ó flotables pertenecen al Estado. Luego hay dos especies de terromonteros. unos, los del art. 556, pertenecen á los ribereños; otros, los del art. 560, pertenecen al Estado. ¿De qué manera distinguirlos? La doctrina se halla unánime respecto de este punto; los terromonteros del art. 556 son los que constituyen un aluvión, lo que implica que se forman sucesiva y imperceptiblemente, y que están adhéridos á los fundos ribereños. Luego en el artículo 560, no puede ser cuestión de tierras de aluvión. El texto mismo de este artículo nos dice que se trata de terromonteros que se forman en *el lecho* de los ríos, es decir de dependencias del lecho, y no dependencias de la ribera. ¿Cuál es el signo en el cual se reconocerán estas diversas depen-

1 Aubry y Rau, tom o 2º, p. 250, nota 14 y las autoridades allí citadas. Hay que agregar una sentencia de París, de 7 de Abril de 1868 (Dalloz, 1868, 2, 115). Acerca del lecho de los ríos, véase el número 11. La cuestión está largamente desenvuelta en una sentencia de Tolosa, de 22 de Junio de 1860 (Dalloz, 1860, 2, 128). Compárese una sentencia de denegada apelación, de 8 de Diciembre de 1863 (Dalloz, 1864, 1, 114).

dencias? El texto de la ley lo dice; pone en la misma línea los terromonteros, las islas y los islotes; los terromonteros lo mismo que las islas y los islotes están, pues, separados de los fundos ribereños por un brazo del río, son, en definitiva, montones de tierra demasiado poco considerables para que se les dé el nombre de islotes, pero que no obstante se asemejan á éstos en el sentido de que también están rodeados de agua por todas partes; siendo un accesorio del lecho pertenecen al Estado, propietario del lecho (1).

La corte de casación ha dado otra interpretación de la palabra *terromontero* en el art. 560; ella ha resuelto que el terromontero, en esta disposición, se distingue necesariamente de las islas y de los islotes, y no puede razonablemente entenderse sino del terromontero adherente á la ribera que se produce fuera de las condiciones exigidas por la ley para construir y caracterizar el aluvión (2). Más adelante veremos cuáles son esos terromenteros que no forman un aluvión y á los cuales la corte quiere aplicar el art. 560. Para que sea posible aplicarlo, se necesita antes que todo que el texto de la ley no resista esta interpretación. Ahora bien, acabamos de hacerlo constar, la ley supone un terromontero que se forma en *el lecho*, lo que excluye el terromontero que estaría adherido á la ribera. Allí en donde la corte ve una diferencia, el sentido natural señala la identidad: el código pone en la misma línea los islotes y los terromonteros: ¿no equivale esto á decir que son montones de tierra de la misma naturaleza? El espíritu de la ley nos lleva á la misma interpretación. ¿Por qué el art. 560 atri-

1 Demante, tomo 2º, p. 475, núm. 393, *bis* 1. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, tomo 2º, p. 74, núm. 115; Demolombe, tomo 10, núm. 7. Sentencia de Bourges, de 27 de Mayo de 1809 (Dalloz, *Propiedad*, número 541).

2 Sentencia de denegada apelación, de 8 de Diciembre de 1863 (Dalloz, 1864; 1, 114).

buye las islas y los islotes al Estado? Porque forman parte del lecho. Si los terromenteros de que habla el art. 560 se atribuyen al Estado, esto debe ser por la misma razón; luego son un accesorio del lecho; por lo tanto no puede tratarse de terromonteros adherentes á la ribera, porque éstos son una dependencia y un accesorio no del lecho, sino de la ribera. Queda por saber á quien pertenezcan esos terromonteros cuando no presentan los caracteres del aluvión.

287. El terromontero es adherente á la ribera, pero se ha formado bruscamente; lo que puede tener lugar cuando el río deposita repentinamente una masa de arena y de fango contra la ribera, y lo que más á menudo sucede por la súbita retirada del río que se lanza de una orilla á la otra, ó que restringe su curso y forma así súbitamente un descubierto. Cierto es que en uno y otro caso ya no estamos dentro de los términos de los arts. 556 y 557, supuesto que el 556 exige que el terromontero sea sucesivo e imperceptible, y el 557 quiere que el agua se retire insensiblemente de una de sus orillas á la otra para que haya descubierto. Pero já quien pertenecerá ese terromontero? En este punto se dividen las opiniones. La jurisprudencia los atribuye al Estado en virtud del art. 560 (1). En cuanto á los autores, unos se pronuncian en favor del Estado, y los otros en favor de los ribereños. Acabamos de decir que en nuestra opinión, el art. 560 no es aplicable, y hemos emitido la opinión de que el Estado puede, no obstante, apoderarse de esos terromonteros en virtud de los arts. 539 y 713 que atribuyen al dominio público los bienes sin dueño. Para que esos terromonteros sean bienes sin dueño, se necesita que los ribereños no tengan en ellos ningún derecho.

1. Sentencia de París, de 1º de Diciembre de 1855 (Dalloz, 1855, 5, 356), y sentencia de denegada apelación, de 8 de Diciembre de 1862 (Dalloz, 1864, 1, 114).

Así, pues, debemos ver cuáles son los motivos que se alejan para atribuirles su propiedad.

Demolombe confiesa que estamos fuera del texto de los arts. 556 y 557. Esto equivale á decir que no hay aluvión cuando el terromontero se forma de una manera súbita. Si no hay aluvión ¿con qué títulos estos terromonteros pertenecerán á los ribereños? Esas son tierras de nueva formación, sobre las cuales el derecho de propiedad se origina cuando están formadas. Nadie tiene en ellas un derecho en el momento en que ellas se forman. Para reclamarlas precisa tener un título, y tal título no puede ser más que un texto de ley. ¿En dónde está el texto que declara propietarios á los ribereños? No es el art. 556, ni el 557, según se confiesa. ¿Es en virtud de un derecho de accesión? El derecho de accesión no existe sino en los casos previstos por la ley, lo que vuelve á traernos otra vez al texto. Se cita el art. 559 sobre la avolución, pero precisamente, en este caso no hay lugar al derecho de accesión, puesto que el propietario de las tierras arrebatadas por la fuerza de las aguas puede reclamar la propiedad, dice la ley; luego sigue siendo propietario, sólo que debe ejercitarse su acción dentro del año. Esto excluye el dererho de accesión (1).

¿A qué conclusión llegamos? Demolombe rechaza al Estado en virtud del art. 560, y á fe que tiene razón. La jurisprudencia rechaza á los ribereños en virtud de los artículos 556 y 557, y tiene razón igualmente. En definitiva, no hay texto que atribuya los terromonteros de que estamos tratando á los ribereños, sea al Estado, sea á los ribereños, lo que forzosamente conduce á la conclusión de que es un bien sin dueño. Ahora bien, los bienes sin dueño pertenecen al Estado. No damos semejante solución como la más

1 Demolombe, tomo 10º, p. 50, núms. 60 y 62.

racional, sino porque es la que con más lógica se deduce de los textos y de los principios.

288. Queda una hipótesis, la más fácil y la menos dudosa. El terromontero se ha formado insensiblemente bajo las aguas después de una inundación. ¿Es un aluvión, ó es uno de esos terromonteros súbitos que la jurisprudencia atribuye al Estado? La corte de Nîmes ha fallado qué esto no es un aluvión, porque el terromontero aparece súbitamente encima de las aguas. Esto es confundir la formación del terromontero con su aparición. Ya estaba formado cuando apareció en la superficie, y se había formado, como se supone, sucesiva é imperceptiblemente. Luego es un aluvión como los expresa muy bien la corte de casación, la retirada de las aguas, después de la inundación, no hace más que revelar á todas las miradas y patentizar el aluvión que se había formado con todos los caracteres que la ley requiere, como la corte de Nîmes lo hacía constar. Por lo tanto, debía ser casada.

289. Según los términos del art. 558, el aluvión no tiene lugar respecto á los lagos y estanques. La ley explica en qué sentido: «El propietario conserva siempre el terreno que el agua cubre cuando se halla á la altura del descargo del estanque, aunque disminuya el volumen del agua. Recíprocamente, el propietario del estanque no adquiere ningún derecho sobre las tierras ribereñas que su agua viene á cubrir en las crecidas extraordinarias.» Que en este último caso no haya lugar á aluvión, es evidente, porque se trata de una inundación, la cual pasajera por naturaleza, y siendo un caso fortuito, en nada cambia los derechos de los propietarios interesados, como más adelante lo diremos. En cuanto á la diminución de las aguas, jamás da lugar á un descubierto, porque el agua no va de una á otra ribera en atención á que no es una agua corriente. Por lo mismo

faltan todas las condiciones del aluvión. Se trata de una propiedad limitada que, como todas las propiedades, conserva siempre sus antiguos límites (1).

¿Qué es lo que en el art. 558 debe entenderse por esta expresión, cuando el agua se halla á la altura del descargó del estanque? «La corte de casación ha decidido que por esto debe entenderse, no el principio de la compuerta del estanque, sino el punto extremo de elevación de sus aguas en el momento de las crecidas ordinarias de la estación de invierno» Insistiremos en el título de las *Servidumbres*, acerca de esta cuestión, así como sobre las demás dificultades á las que el art. 558 da lugar (2).

290. La ley no habla de los canales ni de los ríos canalizados. ¿Hay que aplicarles el principio de los arts. 556 y 557, ó hay que aplicarles por analogía lo que el art. 558 dice de los lagos y de los estanques? Este último principio es el que debe recibir aplicación á los canales. Hechos por mano del hombre, lo mismo que los estanques, los canales son propiedades limitadas. Las márgenes son una dependencia del canal, hasta el punto de que la jurisprudencia admite que á título de accesorio se presume que pertenecen al propietario del canal; luego, si se forman terreros á lo largo de las márgenes libres, deben pertenecerle igualmente. En cuanto á los ríos canalizados, hay que distinguir; en tanto que conserven su curso natural, son ríos ordinarios, y por consiguiente, permanecen dentro del derecho común en cuanto á los aluviones; allí en donde ciertos trabajos del arte les han dado un curso artificial, son verdaderos canales, y por lo tanto, debe aplicárseles lo que acabamos de decir, de los canales. La doctrina se halla unánime respecto á estos puntos (3).

1 Faure, Informe al Tribunalado, núm. 18 (Loeré, tomo 4º, p. 90).

2 Véase el tomo 7º de esta obra, núms. 242 y siguientes.

3 Aubry y Rau, tomo 2º, p. 248 y nota 3. Demolombe, tomo 10º, p. 39, números 44 y 45.

291. Según los términos del art. 557, el derecho de aluvión no tiene lugar respecto á los descubiertos del mar. Lo que quiere decir que éstos no pertenecen á los propietarios ribereños sino al Estado. Esto no es una excepción, sino al contrario, una aplicación de los principios que rigen al aluvión. ¿Quién aprovecha los descubiertos? El propietario de la orilla descubierta, dice el art. 557. ¿Y quién es propietario, de las playas del mar? El Estado, á él, pues, deben pertenecer los descubiertos. La aplicación del principio da lugar á grandes dificultades, cuando los ríos, en sus desembocaduras, reciben las aguas del mar y parece como que con éste se confunden. ¿Se debe, en este caso, aplicar los principios que rigen los ríos ó los que establece la ley para las playas del mar? La solución depende de la cuestión de saber hasta dónde se extiende la playa del mar. Esto lo hemos examinado ya en el núm. 6. Lo que es cierto, es que los terromorteros que se forman á las orillas de un río, por efecto del flujo y refluo, pertenecen á los ribereños (1). Queda únicamente por fijar el límite en dónde el río se vuelve mar. Remitiremos á lo que hemos dicho acerca de los *schoores* y de los *polders* (núm. 46). Los principios que el código civil establece acerca del aluvión no se aplican á los terrenos de aluvión llamados *schoores*: estas tierras, asimiladas por el decreto de 11 de Enero de 1811, á los máganos y descubiertos del mar, son una dependencia del dominio del Estado, y no entran en el dominio de los particulares sino por vía de concesión (2). La ley de 16 de Septiembre de 1807 permite al gobierno que conceda los descubiertos del mar. Surge entonces la cuestión de saber á quién pertenecen los nuevos descubiertos que se forman á lo largo de los terrenos concedidos. Nos parece que estos aluviones deben

1 Sentencia de denegada apelación, de 22 de Julio de 1811 (Dához, *Propiedad*, núm. 106).

2 Bruselas, 12 de Agosto de 1856 (*Pasjerisia*, 1857, 1, 25).

aprovechar al concesionario. ¿No es él propietario de los terrenos concedidos? ¿Por qué, pués, no habría de tener derecho á los descubiertos? Se sigue, no obstante, la opinión contraria (1). Se basa en los términos absolutos del artículo 557, que parecen excluir todo aluvión en provecho de los ribereños del mar. Nosotros no comprendemos que este texto haya retenido á los intérpretes. Evidentemente que él suponé que el Estado ha seguido siendo propietario de las playas del mar. Como acabamos de decirlo, esta es la aplicación del derecho común en virtud del cual el aluvión aprovecha al ribereño. Ahora bién, en el caso de que se trata, ya el Estado no es ribereño. Luego el mismo principio que hace atribuir los descubiertos del mar al Estado debe hacer que se atribuyan á los concesionarios de los descubiertos. ¿Con qué título reclamaría el Estado descubiertos, cuando ha cesado de ser ribereño allí en donde se forman nuevos descubiertos?

## *II. ¿A quién aprovecha el aluvión?*

292. El art. 556 dice que el aluvión aprovecha al propietario ribereño; es decir, como lo ha resuelto la corte de casación, al ribereño que está inmediatamente al río. Este principio se deduce de la naturaleza misma del aluvión. En caso de descubierto, la cosa es evidente, supuesto que la propiedad ribereña es la que se extiende á medida que las aguas se retiran de una de las orillas para irse á la otra. Igualmente evidente es en caso de aluvión, supuesto que la tierra de aluvión se ha formado sucesiva e imperceptiblemente acreciendo el fundo ribereño, lo que implica una adherencia inmediata, una comunicación sin intermediario (2).

1 Demolombe, tomo 10º, p. 21, núm. 23 y los autores que él cita.

2 Sentencia de casación, de 16 de Febrero de 1836 (*Daloz, Propiedad*, núm. 486). Sentencia de denegada apelación, de 17 de Julio de 1844 (*Daloz, ibid.*, núm. 472).

Se concibe que como las tierras de aluvión se forman insensiblemente pertenezcan por derecho de accesión á los propietarios ribereños; pero aunque sucesivos é imperceptibles, estos crecimientos son á veces muy considerables. Los terrenos de nueva formación se forman á expensas de los de más ribereños; ¿no sería justo que éstos fuesen indemnizados de esa lenta expropiación que produce la acción de las aguas? La ley no les concede ninguna indemnización; porque es imposible determinar cuáles son los ribereños que han ganado lo que los otros pierden. Cuando un río se dirige de una playa á la otra, se sabe muy bien quien es el propietario ganancioso, pero se ignora adonde se dirigen las partículas terreas que las aguas arrancan al propietario de la ribera; y en caso de aluvión propiamente dicho, tampoco se sabe de cuáles fondos provienen los acrecentamientos insensibles que enriquecen á unos á expensas de otros. Luego es imposible aplicar la máxima de equidad que prohíbe enriquecerse á expensas ajenas. El art. 337 impone, no obstante, una obligación á los ribereños que aprovechan el aluvión, la de dejar el terraplén ó vereda de desembarque, conforme á los reglamentos. Síbese que dicho terraplén es una servidumbre legal establecida por interés de la navegación (artículo 630). Insistiremos en el título de las *Servidumbres*. Luego el ribereño sigue siendo el propietario del terreno en el cual se ejercita dicha servidumbre; aunque destinado á un uso público, el terraplén no se vuelve camino público. Resulta de aquí una consecuencia importante en caso de aluvión, y es que el aluvión aprovecha á aquél á quien pertenece el terreno gravado como servidumbre; continúa soportando esta carga, pero muda de lugar; se ejercerá en la tierra de aluvión, y por tanto cesa de gravar el antiguo terreno, el que quedará exento de la servidumbre del terra-

plén; por consiguiente, el ribereño recobra la plena é integra propiedad.

Puede ser que, por excepción, el terreno que sirve de camino de desembarque pertenezca al Estado ó á una comuna; entonces se aplica el principio que al ribereño es al que pertenece el aluvión, sea quien fuere. La aplicación del principio fué desde luego puesta á discusión en lo que concierne á los caminos vecinales y á los públicos; se pretendía, fundándose en el antiguo derecho, que el aluvión debía pertenecer á los propietarios de los terrenos situados más allá de la ruta. La jurisprudencia ha rechazado tales pretensiones, ha hecho á un lado el antiguo derecho, que ha sido abrogado por la legislación nueva. En cuanto al derecho nuevo no deja duda ninguna. El código atribuye el aluvión al propietario ribereño, sin distinción entre los particulares y las comunas ó el Estado; ahora bien, las comunas generalmente son propietarias de los terrenos que sirven de caminos vecinales, lo mismo que el Estado es propietario de los caminos públicos. Esto decide la cuestión. Por aplicación del mismo principio, se ha fallado que si un aluvión se forma á lo largo de un dique construido por una asociación de propietarios, pertenece no á los propietarios de la ribera, sino á la asociación propietaria del dique; ella en realidad es el propietario ribereño.

**293.** La carga impuesta por el art. 557 á los ribereños que se aprovechan del aluvión implica que el interés de la navegación domina al interés y al derecho mismo de los ribereños; éstos no pueden reclamar ninguna indemnización por el capítulo de la servidumbre de terraplen que establece la ley en las tierras de aluvión como en todo fondo ribereño. Se pregunta si los ribereños no tendrían derecho á una indemnización en el caso en que el Estado suprimiese los aluviones operando la limpia de los ríos. Creemos que

debe distinguirse si se trata de un aluvión naciente ó de uno ya formado. En tanto que el aluvión se halla en el estado de formación, es una dependencia del lecho; luego es propiedad del Estado, y por tanto, el Estado puede disponer de él, hacerle desaparecer por interés general, sea para facilitar la navegación, sea para prevenir las inundaciones; los ribereños no pueden quejarse, porque no les asiste ningún derecho. Pero si el aluvión estuviese ya formado, los ribereños podrían reclamar una indemnización; ó por mejor decir, el Estado no tendría derecho á suprimirla, porque esto equivaldría á apoderarse de una propiedad privada sin las garantías de la expropiación. Se ha fallado en Francia, por el consejo de Estado, que la autoridad administrativa aunque competente para ordenar la limpia de un río no puede, no obstante, ensancharla anticipándose á los propietarios ribereños. Pero el consejo de Estado ha resuelto también que los ribereños no pueden consolidar los aluviones que están en formación, por medio de plantaciones, cuando éstas perjudican al servicio de la navegación.

294. ¿De qué manera adquieren los ribereños las tierras de aluvión? ¿Deben tomar posesión de los terrenos para hacerse propietarios de ellos? La negativa es evidente. ¿Cuál es el título de adquisición de los propietarios ribereños? La ley, ó si se quiere, la naturaleza, pero la obra de la naturaleza debe estar consagrada por la ley. De todas suertes, el hecho es que el código declara á los ribereños propietarios del aluvión, sin someterlos á ninguna formalidad, sin exigir ningún acto de posesión. Esto es decisivo (1). ¿Desde qué momento los ribereños son propietarios? En teoría puede decirse que desde el momento en que existe el aluvión. ¿Pero cuándo existe éste? Esto es una cuestión de

1 De Nolombe, tomº 10º, p. 62, núms. 73 y 74.

hecho. Los descubiertos no son un aluvión sino cuando se ha retirado el agua corriente; mientras cubre todavía la orilla, no hay descubierto; la tierra que las aguas cubren forman parte del álveo y pertenece, por consiguiente, al dominio público. En cuanto al aluvión, en tanto que se halle en estado de formación, forma igualmente parte del lecho, es decir, del dominio del Estado. ¿Cuándo se halla suficientemente formado para constituir una propiedad separada? Los jueces resolverán conforme á las circunstancias de la causa.

Queda una dificultad que es la desesperación de los intérpretes. Unos aluviones se forman á lo largo de varias propiedades, ¿cómo se los repartirán los ribereños? Acerca del principio hay acuerdo unánime, y los jurisconsultos romanos han establecido aquél: lo que determina el derecho de los diversos fundos es la anchura que presentan por el frente del río, cualquiera que sea su profundidad. Este principio resulta de la naturaleza misma del aluvión. Es éste una accesión, luego el terreno al que se adhiere debe aprovecharla, y esto se resuelve por la anchura del frente hacia del río. Pero la aplicación del principio suscita dificultades que parecen inexplicables, supuesto que no hay dos intérpretes que estén de acuerdo. La cuestión es del resorte de la geometría más bien que el derecho. Como nosotros no tenemos ninguna competencia en el dominio de aquella ciencia, nos limitaremos á exponer el sistema consagrado por una sentencia de la corte de Agen y formulada con mucha claridad por Aubry y Rau (1). Nosotros lo hemos sometido al examen de nuestro colega, M. Andries, inspector de la escuela de ingenieros civiles; lo damos con

1 Agen, 25 de Enero de 1854 (Daloz, 1854, 2, 229). Aubry y Rau, tomo 2º, p. 251 y nota 20. Daloz, *Propiedad*, núm. 593.

sus correcciones y con el dibujo que ~~aquel~~<sup>este</sup> tuvo á bien trazar para hacer la solución más clara (1)

Cuando el agua corre en linea recta á lo largo de las propiedades ribereñas acrecida por el aluvión, no hay ninguna dificultad; se bajan desde los puntos extremos de las diversas heredades, líneas perpendiculares al eje del río, y se atribuye á cada ribereño la porción del aluvión que queda comprendida entre esas líneas perpendiculares. Esta es la aplicación literal de la regla trazada por las Institutas de Justiniano (2).

Cuando la corriente de agua forma sinuosidades por la extensión del aluvión, la aplicación de la regla es todavía posible; á pesar de las sinuosidades, la dirección general del río sigue siendo la misma. En este caso, se procede por analogía de lo que acabamos de decir; se traza una línea recta ficticia que represente la dirección del río, y sobre esta línea se bajan las perpendiculares que deben tirarse desde los fundos ribereños.

Este procedimiento ya no es aplicable cuando la corriente del agua forma ángulos salientes y entrantes, ó recodos que cambian completamente su dirección; en este caso, no es posible trazar una línea recta única que represente el eje de la corriente de agua; habría que trazar líneas quebradas en cada ángulo ó líneas curvas, y sobre éstas se bajarán las perpendiculares que determinarán la parte de cada uno de los ribereños. Pero como la línea ficticia, que entonces se toma por eje de la corriente, puede ser tal que se haga posible bajar de un mismo punto extremos de una heredad más que de una perpendicular, surge una nueva dificultad: en este caso se podría, á nuestro juicio, tomar por línea de de-

1 Al fin de este volumen daremos á nuestros subscriptores el dibujo á que se refiere el texto. (Nota de los EE).

2 "Promoto atitudinis ejusque fuadi, quae latitu de prope ripam sit," pfo. 22, Inst., *de rer divisi* (II, 1).

marcación la bisectriz del ángulo formado por las perpendiculares.

### *III. Cárácter del aluvión.*

**295.** Las leyes romanas asientan como principio que la tierra de aluvión tiene la misma naturaleza que el fondo al cual se adhiere (1). Este principio se desprende de la acción misma del aluvión, éste pertenece al ribereño en virtud del derecho de accesión luego constituye un accesorio de una cosa principal; por lo tanto hay que aplicarle el viejo proverbio de que el accesorio sigue á lo principal. Du Moulin expresa esta idea con su habitual energía: «El crecimiento producido por el aluvión no es un terreno nuevo, sino una parte del antiguo. Es poseído con el mismo título, la causa del derecho de propiedad es idéntica, el fondo nuevo y el antiguo se confunden y tienen la misma calidad» (2).

El código civil aplica este principio al usufructo. Según los términos del art. 596, el usufructuario goza del aumento occasionado por el aluvión en el objeto del cual tiene el usufructo. Esta aplicación suscita algunas dificultades cuyo examen aplazamos para el título del *Usufructo*. En el del *Arrendamiento*, examinaremos la cuestión de saber si el arrendatario goza del aluvión. ¿Qué debe resolverse de la venta de un fondo ribereño? ¿comprende al aluvión? Hay que distinguir si el aluvión está ó no formado cuando tiene lugar la venta. Si el aluvión existe, la resolución de la cuestión depende de la intención de las partes contrayentes. Hay aluviones más considerables que el fondo principal; de suerte que el vendedor puede muy bien haber querido reservarse las tierras de aluvión para aprovechar los aereos

1 L. 2º, pfo. 7, D., "de publicana in rem actione," (VI 2) "Quod per alluvionem fundo accessit, sumilis sit ei qui accessit."

2 Du Moulin, *Costumbre de París*, tit. 1º, glos 5, núm. 115.

tamientos futuros. Los jueces resolverán según las circunstancias de cada causa (1). En cuanto á los aluviones futuros pertenecen de derecho al comprador, supuesto que él es propietario ribereño en el momento en que se forman; mientras que el antiguo dueño, como ha cesado de ser ribereño, ya no tiene ningún derecho al aluvión. Existe una sentencia en este sentido; en ella se ve que el interés sublevaba miles de objeciones contra la aplicación de un principio que es de una claridad evidente. La doctrina no tiene que preocuparse por estas razones aparentes que vulgarmente se llaman chicanas (2).

El principio formulado por Du-Moulin se aplica sin dificultad á las convenciones matrimoniales. Si el fundo principal es ganancial, el aluvión entrará en comunidad, mientras que permanecerá propio del cónyuge si el fundo ribereño es libre. El aluvión será dotal ó parafernial, si el fundo á que se adhiere es dotal ó parafernial. En materia de privilegios y de hipotecas, tampoco hay duda; la garantía del acreedor se extiende á las mejoras que se derivan de los hechos del hombre (art. 2133), y con mayor razon á los accesorios naturales que se confunden con el fundo hipotecado ó gravado con privilegios.

Hay otra aplicación del principio que no es dudosa y que lo hace resaltar perfectamente. El propietario del fundo ribereño lo adquirido éste por prescripción; el aluvión se ha formado durante los últimos años de su posesión. Se pregunta si la prescripción se extiende á las tierras de aluvión. La afirmativa no es dudosa, porque el aluvión y el fundo ribereño no forman dos fundos separados, sino únicamente uno, el fundo único cuya propiedad ha adquirido el ribereño por prescripción. Bien cierto es que él no ha poseído la

1 París, 2 de Julio de 1831 (Daloz, *Propiedad*, núm. 566).

2 Rouen, 30 de Enero de 1839 (Daloz, *Propiedad*, núm. 588).

tierra de aluvión durante el curso de la prescripción, y tan poco la ha poseído, que ni siquiera existía. Pero es tal la fuerza de la accesión, que el accesorio sigue necesariamente la condición de lo principal; jurídicamente hablando, no se concebiría que lo principal prescribiese sin que también prescribiese lo accesorio (1).

### Núm 2. *De la avulsión.*

296. Se llama *avulsión* una parte *considerable* y susceptible de *reconocerse* de un campo ribereño que un río navegable ó nó arrebata y se lleva hacia un campo inferior ó á la opuesta orilla. El art. 559 da al propietario de la parte arrebatada el derecho dē reclamar. En esto la avulsión difiere del aluvión. La avulsión es susceptible de reconocerse, es decir, que el propietario reivindicante pueda probar que el terreno que reclama ha sido arrebatado de su campo; mientras que el aluvión se forma sin que se puedan precisar los fundos que lo han producido; de aquí la imposibilidad de reivindicarlo; si fuera posible determinar los fundos que han producido las tierras de aluvión, el legislador habría admitido la reivindicación. No la admite sino para la avulsión, porque en este caso la acción tiene una base cierta. Sin embargo, la ley agrega una segunda condición, y es que la parte del campo ribereño que el río arrebata por una fuerza súbita sea considerable. No hay razón jurídica que justifique esta condición: considerable ó nó, el propietario debería tener el derecho de reclamar su propiedad.

297. El art. 559 dice que el propietario de la parte arrebatada puede reclamar su propiedad. ¿Qué debe entenderse por esto? La opinión general es que el propietario tiene el

1 Demolombe, tomo 10º, p. 13, núm. 88 y las autoridades que él cita.

derecho de arrebatar la parte de su campo que han desprendido. Así es que no puede ejercitarse su derecho de propiedad en el fundo en donde la corriente ha llevado la parte arrebatada. Esta opinión se funda en el texto y en el espíritu de la ley. El texto supone que por una fuerza súbita una parte de un campo ribereño ha sido *arrebatada*, y la ley decide que el propietario puede *reclamarla*. ¿No equivale esto á decir que él puede recobrar el terreno de que ha sido despojado por la acción de las aguas? Su fundo ha sido mutilado, él puede reconstruirlo. En principio, él no puede tener otro derecho. Si se le permitiera que ejercitase su derecho de propiedad en el fundo adonde la corriente ha llevado la avulsión, se lastimaría los derechos del propietario de dicho fundo; en efecto, se le privaría de la vecindad de las aguas en toda la longitud del terreno arrebatado, ya no aprovecharía el aluvión, ni la pesca, ni la fuerza motriz del río. Su derecho propio es que se restablezca el antiguo estado de las cosas, y el ribereño despojado no tiene otro derecho. Esto nos dispensa de recurrir á la discusión, la cual no es tan decisiva como se dice. Habiendo preguntado Pelet al consejo de Estado si el art. 559 se aplicaba al caso tan frecuente en los países de montañas, en los cuales edificios y terrenos son arrebatados al valle, Tronchet contestó que el artículo no se aplicaba más que al arrebataamiento de la superficie. Esto no es exacto; la ley dice: «parte considerable de un campo,» lo que comprende muy bien la hipótesis de Pelet. Tronchet agregó que si algunos árboles y edificios eran arrebatados, como era fácil reconocerlo, no se podía rehusar al propietario la facultad de recobrarlos. A esta observación se adoptó el artículo y la observación de Pelet que se remitió á la sección. En definitiva, Tronchet habló de un caso que él suponía que el código civil no había previsto; pero la razón que él da se aplica también al caso

del art. 557: las aguas arrébatan una porción de un campo; en virtud de su derecho de propiedad, el propietario quiere recobrarla. Esta es toda la teoría de la avulsión (1).

298. El art. 559 agrega que «el propietario de la parte arrebatada está obligado á formular su demanda en el periodo de un año; después de este plazo, ya no se le admitirá, á menos que el propietario del campo al cual ha estado unida la parte arrebatada no hubiese tomado todavía posesión de ésta.» ¿Por qué la acción de reivindicación se limita á un año? Por interés del propietario á cuyo fundo estaba unida la parte arrebatada. Preciso es que sepa si él conservará esa banda de terreno ó si el propietario la re cobrará. Y hasta se ha sostenido que él podrá inmediatamente interesar al antiguo dueño para que tenga que declarar su voluntad. La ley no dice eso, y aun implica lo contrario, puesto que da un año al propietario despojado para que recobre lo que le pertenece; luego no se le puede forzar á que pronuncie más presto. Hay un caso en que la acción puede todavía intentarse después del plazo de un año, y es cuando el propietario del campo al cual ha estado unida la parte arrebatada no ha tomado posesión de ésta; así es que se necesita de un acto cualquiera de posesión para que la acción esté limitada á un año, es decir una manifestación de voluntad del propietario para apropiarse la parte arrebatada. Si él no ejecuta ningún acto de posesión, con esto manifiesta la intención de que no quiere aquel pedazo de terreno; en este caso, el antiguo dueño podrá siempre reclamarlo, aun cuando fuese durante treinta años, si el ribereño se estuviese treinta años sin ejecutar ningún acto de posesión (2).

1 Véase en este sentido, Ducaurroy, Bonnier y Roustant, tomo 2º, p. 76, núm. 49; Demolombe, tomo 10º, p. 84, núm. 104. Aubry y Rau, tomo 2º, p. 252, nota 22. En sentido contrario, Demante, tomo 2º, p. 478, núm. 395, *bis* 3.

2 Faure, Dictamen rendido al Tribunalado, (Loeré, tomo 2º, p. 90).

299. Se pregunta si el propietario de la parte arrebatada debe daños y perjuicios á aquél á cuyo fundo se une la parte arrebatada. Hay que distinguir el daño causado por la acción de las aguas y el daño causado por actos del antiguo dueño. El daño que las aguas causan es un accidente, un caso de fuerza mayor; sería contrario á todo principio hacer responsable al antiguo dueño de aquel daño. Todos están de acuerdo cuando el propietario no reclama; pero hay algunos que pretenden que está obligado á daños y perjuicios cuando él recobra su terreno (1). Esta distinción es muy poco jurídica. ¿Qué importa que él reclame ó no? ¿qué tiene de común su reclamación con la cuestión de daños y perjuicios? Si él reclama, está en su derecho, ¿el propietario reivindicante puede alguna vez estar obligado por el caso fortuito? Pero si al dejar su terreno, causa un daño, sin decirlo, se entiende que es responsable de aquel hecho; esto es de derecho común.

300. ¿Qué debe resolverse si el terreno arrebatado es llevado por la acción de las aguas á un campo ribereño? El texto del código supone que el terreno arrebatado, está *unido* al fundo ribereño, lo que implica una juxtaposición, mientras que, en el caso de que se trata, hay superposición. Esta es la hipótesis que Pelet propuso al consejo de Estado y que se ofició á la sección de legislación. No hubo ni dictamen ni decisión acerca de esta dificultad (2). La sección había imaginado, sin duda, que el art. 559 es suficiente para resolverla. Ninguna duda podría haber acerca del derecho del propietario para reivindicar lo que las aguas le han

Aubry y Rau, tomo 2º, p. 223, notas 24-25; Demolombe, tomo 10, p. 85, números 105 y 106.

1 Demolombe, tomo 10, p. 57, núm. 112. En sentido contrario, Aubry y Rau, tomo 2º, p. 252, nota 23.

2 Sesión del consejo de Estado, de 27 vendimiaro, año XIII, número 13 (Loeré, tomo 2º, p. 65.)

arrebatado; esto es de derecho común (1). Pero el art. 559 deroga el derecho común al limitar la duración de la reclamación á un año. Esta corta prescripción ó esta caducidad es aplicable al caso de la avulsión por superposición. En esto está la verdadera dificultad. Nosotros creemos que el texto, en rigor recibe su aplicación á la superposición tanto como á la juxtaposición. El texto ignora estos términos; la palabra *unido* de que se sirve la ley puede entenderse en uno y caso. Por otra parte; no hay ni sombra de motivo para establecer una diferencia entre las dos hipótesis. Si el consejo de Estado hubiese tomado una decisión á la observación hecha por Pelet, probablemente habría limitado la acción del antiguo dueño á un plazo más corto, en caso de superposición; por lo menos habría dado al ribereño el derecho de interpelarlo inmediatamente, porque la superposición le impide que ejercite su derecho de propiedad. Se sostiene que él tiene el derecho de interpelación, ó como se dice, una acción iterrogatoria (2). Ya hemos dicho que el texto la excluye, y si se admite que el art. 559 es aplicable al caso de superposición, hay que dar también al antiguo dueño un año para que promueva.

### *Núm. 3. De las islas é islotes.*

301. ¿A quién pertenecen las islas que se forman en el lecho de los ríos? El código distingue. Según los términos del art. 560, las islas, islotes y terromonteros que se forman en el lecho de los ríos navegables ó flotables pertenecen al Estado; mientras que, según el art. 561, las islas y terromonteros que se forman en los ríos no navegables y no

1 Demolombe, tomo 10, núm. 99. Proudhon, *Del dominio público*, tomo 4º, núm. 1282. En sentido contrario, Duranton, tomo 4º, número 417.

2 Aubry y Rau, tomo 2º, p. 255 y nota 29.

flotables pertenecen á los propietarios ribereños. Ya hemos hablado de los *terromonteros* de que se trata en el artículo 560. En cuanto á las islas, la distinción consagrada por el código está fundada en el principio de la accesión. Escuchemos á Pothier: «Por nuestro derecho francés, los ríos navegables pertenecen al rey, Las islas que en ellos se forman, tanto como el lecho, pertenecen al rey; los ribereños nada pueden pretender. Respecto á los ríos no navegables cuando son los propietarios de las heredades ribereñas los que son también, cada uno en proporción de su derecho, propietarios del río, deben también serlo, cada uno en proporción de su derecho, tanto de las islas que se forman como del lecho del río (1)».

Los autores del código civil han seguido la doctrina de Pothier paso por paso. Comienzan por declarar que los ríos navegables son una dependencia del dominio público (artículo 538). Propietario del río, el Estado es por eso mismo propietario del lecho, porque no sería posible separar el álveo del lecho. Siendo propietario del lecho, él *debe* ser propietario, según la expresión de Pothier, de las islas que en él se forman: ésta es la aplicación del principio de la accesión. En cuanto á los ríos no navegables, la cuestión de propiedad está vivamente debatida. El art. 561 la decide implícitamente en favor de los ribereños, atribuyéndoles la propiedad de las islas. Porque ¿con qué título se vuelven propietarios de las islas? Por derecho de accesión. Esto no puede ser seriamente discutido, supuesto que, en toda nuestra sección, se ha tratado de ese derecho. La isla, dice Pothier, *debe* pertenecer al que es propietario del río. Luego si el art. 561 atribuye las islas á los ribereños de las corrientes de agua no navegables, es porque supone que los ribereños son propietarios de esas corrientes de agua.

1 Pothier, *Del derecho de dominio*, núms. 160 y 161.

Este punto es, no obstante, debatido, precisamente en razón de la influencia que ejerce en la cuestión de la propiedad de los ríos no navegables. Las objeciones que se hacen contra la opinión que nosotros hemos abrazado tienen poco valor (1). Dicese que, si las islas pertenecen al Estado por derecho de accesión, deberían formar parte del dominio público, siendo así que pertenecen al dominio privado. Esto es una pura sutiliza. El código no establece distinción rigurosa entre el dominio público del Estado (nún. 4); y la distinción no es fundamental, supuesto que una sola y misma cosa puede pasar sucesivamente de un dominio al otro. Después de todo, ¿qué importa? Lo que es esencial y decisivo, es que la isla pertenece al Estado, por aplicación del derecho de accesión. Si no es por tal título, ¿por qué la ley hablaría de esto en el capítulo de la Accesión? Con motivo del interés de la navegación, dicen los oradores del Tribunado, cuya autoridad invocan Aubry y Rau. Sin duda que la navegación se halla interesada, y á causa de ello el lecho mismo de los ríos navegables forma parte del dominio público, y perteneciendo el lecho al Estado, la isla *debe* pertenecerle también. En cuanto á los principios del derecho romano, no hay que hacerles caso, supuesto que ya el antiguo derecho se había separado de ellos. La tradición francesa tal como Pothier la patentiza, es nuestra regla en esta materia.

302. Una isla se forma sucesivamente, al cabo de un buen número de años, de los escombros de una propiedad ribereña. ¿A quién pertenece? Se ha fallado que pertenece al Estado. Esto no puede dar lugar á duda alguna. El artículo 560 no considera á expensas de quién se forman las islas. Siempre es á expensas de las propiedades ribereñas, sólo que comunmente no se puede precisar cuá-

1 Aubry y Rau, tomo 2º, p. 254, nota 28.

les propiedades sirvieron para formar la isla. Pudiéndose, la equidad exigiría que el propietario despojado tuviese derecho á la isla que se ha formado con sus despojos. Pero la equidad no puede predominar sobre la ley. Se necesitaría una excepción al art. 560 para que el ribereño tuviere el derecho de proceder, y las excepciones no se introducen por vía de equidad. ¿Qué importa, según esto, que la isla súbitamente formada á expensas de un fundo ribereño sea atribuida al antiguo dueño por el art. 562? Esto no prueba más que una cosa, y es que hay incoherencia en la ley; ella habría debido permitir al ribereño que reclamase en todo caso en que es claro que una isla se ha formado con los despojos de su fundo, sea la formación instantánea ó sucesiva. La objeción debe dirigirse al legislador; el intérprete no puede tenerla en cuenta.

303. El art. 560, después de haber atribuido al Esopso la propiedad de las islas que se forman en el lecho de tal ríos navegables, agrega: «Si no hay título ó prescripción contraria.» Estas expresiones se agregaron en la discusión, con el objeto de establecer una distinción entre el dominio del río y el dominio de las islas. El primero está fuera del comercio, porque el río está esencialmente consagrado al uso del público. No pasa lo mismo con las islas. Ellas pueden ser propiedad privada, porque no tienen destino público; el Estado puede venderlas. Estando en el comercio, puede por este hecho mismo adquirirse por prescripción (1).

La aplicación de este principio, en lo concerniente á la prescripción, no carece de dificultad, ¿cuándo comienza á contarse? La isla no se vuelve prescriptible sino cuando está formada; antes, forma parte del lecho del río. Ahora bien, el lecho es imprescriptible, como dependencia del dominio

1 Sesión del consejo de Estado, de 27 vendimiarío, año XII, números 14 y 15 (Locré, tomo 4º, p. 66).

público. Cuando la isla está formada, sale del dominio público del Estado para entrar al privado. Desde tal momento está en el comercio, y por lo tanto, es prescriptible. ¿Cuándo puede decirse que la isla existe? Esta es una cuestión de hecho (1).

304. Cuando la isla se forma en el lecho del río no navegable, pertenece á los ribereños; ¿pero á qué ribereños? El art. 561 decide la cuestión distinguiendo si la isla está formada de un solo lado ó no. Si es toda entera de un lado, pertenece exclusivamente á los ribereños contra cuyos fundos se encuentra. Si no está formada de un sólo lado, pertenece á los propietarios ribereños de ambos lados, contando desde la línea que se supone trazada en medio del río. Por aquí es, pues, por donde se debe empezar. Se traza una línea en medio del río. Si esta línea atraviesa la isla, los propietarios de ambas riberas tendrán derecho á ella, si no pertenecerá por completo á los propietarios de una de las orillas. Queda por saber cómo se hará la repartición si son de varios. Se aplican los principios que rigen la repartición del aluvión. Remitimos á lo que dijimos en el núm. 294 (2).

305. El art. 562 dice: «Si un río de poco ó mucho caudal, al formarse un brazo nuevo, corta y abraza el campo de un propietario ribereño y forma una isla, ese propietario conserva la propiedad de su campo, aun cuando la isla se haya formado en un río navegable ó flotable.» Esta es la decisión de Pothier, de acuerdo con el derecho romano. La razón es evidente. El antiguo dueño no puede perder su propiedad, porque está invadida por las aguas y porque está convertida en isla (3). En vano se invocaría el interés de la navegación. Si el Estado tiene un interés en poseer la isla, él debe expropiarla.

1 Aubry y Rau, tomo 2º, p. 255 y nota 29.

2 Demolombe, tomo 10, p. 94, títulos. 125-126.

3 Pothier, *Del dominio de propiedad*, núm. 162.

*Núm. 4. Del río abandonado.*

306. «Si un río navegable, flotable ó no, se forma un nuevo curso abandonando su antiguo lecho, los propietarios de los fundos nuevamente ocupados toman, á título de indemnización, el antiguo lecho abandonado, cada uno en la proporción del terreno que le ha sido arrebatado» (art. 563). Esta disposición deroga el derecho antiguo, y la derogación no es falsa. Pothier dice que, según el derecho francés, el lecho abandonado pertenece al rey, cuando el río es navegable; á los ribereños, cuando son propietarios de una corriente de agua no navegable (1). Esta es la aplicación del derecho de accesión. El derecho romano lo entendía de otra manera; él atribuía el lecho así como las islas á los ribereños igualmente por una especie de accesión, teniéndose á los ribereños por propietarios hasta el río, lo que comprendía la ribera y todo lo que no estaba ocupado por el río. El código ha abandonado por completo el principio de la accesión en esta materia para no considerar más que la equidad. ¿Pero la equidad permite quitar á los unos para dar á los otros? Esto, no obstante, es lo que ha hecho el art. 563. El lecho abandonado pertenece al Estado ó á los ribereños, según que el río es ó no navegable. Que el legislador renuncie al derecho del Estado, se comprende; pero al renunciar al derecho de los ribereños los expatria, y tal poder sólo á la ley pertenece. Si los propietarios de los fundos por los cuales el río se abre un nuevo cauce pierden, no tienen el derecho de quejarse; es éste un caso fortuito que cae sobre el propietario. Los autores critican, además, y con razón, la manera de indemnización imaginada por el legislador francés: no insistiremos en este punto, porque nuestro objeto no es criticar la ley sino explicarla (2).

1 Pothier, *Del dominio de propiedad*, núms. 160, 161 y 164.

2 Aubry y Rau, tomo 2º, p. 256, nota 33. Demolombe, tomo 10, p. 143, número 164.

307. El art. 563 atribuye, á título de indemnización, á los propietarios de los fundos nuevamente ocupados, el antiguo lecho abandonado. ¿Qué debe entenderse por lecho? ¡el terreno que cubren las aguas bajas, medianas ó altas? Ya hemos contestado á esta cuestión acerca de la cual se hallan de acuerdo la doctrina y la jurisprudencia: el lecho comprende todo el terreno que el río cubre cuando las aguas están en su mayor elevación. Allí está el dominio del río; lo que excluye el terreno cubierto por las inundaciones. Nosotros insistiremos más adelante acerca de este último punto.

Hay otra dificultad concerniente al lecho. ¿Debe entenderse por esto los terromonteros que allí se han formado, los aluviones, las islas y los islotes? También hemos contestado esta pregunta. Todos estos terrenos son de nueva formación: es decir, que no existen como propiedades separadas sino cuando están formados. Mientras el aluvión se halla en estado de formación, los ribereños no tienen derecho á él, forma parte del lecho y pertenece, por consiguiente, á aquellos á quienes se atribuye el lecho. Sigue lo mismo con los terromonteros que se forman en el lecho, sin adherencia á la ribera, siguen al lecho como accesorios por todo el tiempo que están confundidos con el lecho. Pero desde el momento en que el aluvión existe, desde el momento en que hay una isla, un islote, un terromontero, distintos del lecho, entran al dominio de los ribereños ó del Estado, y no pueden, por consiguiente, ser reclamados po aquellos que no tienen derecho más que el lecho (1).

308. ¿Es aplicable el art. 563 cuando el cambio de lecho de un río no es la obra de la naturaleza? Si un río se forma un nuevo curso, dice la ley: lo que quiere decir que el cambio del lecho se debe únicamente á la acción de las

1 Tolosa, 22 de Junio de 1860 (Daloz, 1860, 2, 128).

aguas. Luego si el cambio de lecho es la obra del hombre, el texto deja de ser aplicable; la naturaleza es la que expropia á los nuevos ribereños, y también es la naturaleza ó un sentimiento de equidad natural lo que parece atribuirles como indemnización el antiguo lecho abandonado por el río. Si ciertos trabajos emprendidos por el Estado ó por compañías han cambiado el curso de un río, se vuelve al derecho común derogado por el art. 563 por una consideración de equidad. Por el hecho solo de ser excepcional esta disposición, es de estricta interpretación, supuesto que las excepciones no pueden extenderse nunca, ni por vía de analogía.

La corte de Metz así lo ha fallado en el caso siguiente. Un decreto autorizó á la compañía de caminos de fierro del Este para construir una vía férrea de Sedan á Thionville. La compañía tropezó con el río de Chiers, cuyas numerosas sinuosidades la obligaron á construir puentes y obras de arte muy costosas. La compañía solicitó y obtuvo la autorización para derivar la corriente del Chiers. ¿A quién pertenecía el antiguo lecho? Los propietarios de los terrenos ocupados por la nueva corriente del río no tenían, en verdad, derecho ninguno, supuesto que se les había indemnizado. Pero la compañía propietaria ya de aquellos terrenos á causa de la expropiación, reclamó á título de indemnización, el lecho abandonado. Esta pretensión no tenía ningún fundamento. La compañía invocaba en vano el art. 563, que supone un cambio de lecho natural, siendo así que aquella había abierto un lecho nuevo, por propio interés, y estaba ampliamente indemnizada de sus gastos por los que evitaba. La compañía invocaba, igualmente en vano, una enagenación ó un cambio que el Estado habría consentido entre el antiguo y el nuevo lecho. La corte contesta muy

bien que la autorización para derivar el curso del Chiers no implicaba ninguna convención, porque semejante convención carecería de sentido; el Estado ningún interés tenía en comprar el nuevo lecho, en atención á que debía de llegar á ser su propietario en virtud de la concesión (1).

*Núm. 5. De la inundación.*

309. El código no prevee el caso en que un río inunda los fundos vecinos y los cubre durante un tiempo más ó menos largo. Cuando al cabo de algunos años las aguas se retiran, ¿los antiguos propietarios recobran su derecho de propiedad en los terrenos que cesan de estar invadidos? El código no prevee el caso de inundación, y era inútil preverlo, siendo suficientes los más sencillos principios para resolver la cuestión. Debe decirse, con la corte de casación, que los antiguos propietarios, al retirarse las aguas, no hacen más que retener lo que jamás han perdido (2). En efecto, ¿por qué causa habrían perdido ellos la propiedad de heredades? ¿Por la inundación? La invasión de las aguas no es más que un obstáculo pasajero en el ejercicio del derecho de propiedad; y porque yo no puedo ejercitar mi derecho, ¿se infiere que lo pierdo? Esto pasa cuando hay prescripción. Pero en este caso, no hay prescripción posible; en efecto, para prescribir se necesita poseer; y ¿quién es el que posee los terrenos invadidos por el agua? El antiguo dueño es el que continúa poseyéndolos, porque la intención es suficiente para conservar la posesión. Mientras que para adquirir la posesión se necesita un hecho material, hecho que es imposible en tanto que las aguas cubren los terrenos. La posesión no puede comenzar contra el antiguo

1 Metz, 27 de Noviembre de 1866 (Dalloz, 1866, 2, 231).

2 Sentencia de denegada apelación, de 20 de Enero de 1835 (Dalloz, *Propiedad*, núm. 528, 2º)

propietario sino desde el momento en que las aguas han abandonado los fundos que habían invadido; ahora bien, nosotros estamos suponiendo que en dicho momento el antiguo dueño se presenta para ejercitar su derecho.

¿Quién podría disputárselo? Las contiendas no han escaseado, pero no tenían el menor fundamento. Se alega el de recho de aluvión. La corte llama á esto un *falso pretexto*, y hace bien en vituperear la codicia que impulsa á los propietarios á extender sus dominios á expensas de sus vecinos. ¿Cómo habría de haber aluvión allá en donde no hay ribereña? ¿y la inundación cambia acaso las orillas del río? Esto podría suceder, pero entonces ya no se trata de una simple inundación, se trata de un nuevo lecho que el río se abre. En tanto que no hay más que una invasion temporal de las aguas, nada se ha cambiado ni en el lecho, ni en las riberas; luego siempre son los antiguos ribereños los que siguen siendo ribereños. De modo que si se formasen aluviones en sus fundos, por más que estuviesen invadidos por las aguas, ellos los aprovecharian. Esto es lo que la corte de casación ha decidido también, y nada más jurídico (1).

Estos principios los enseñaban los jurisconsultos romanos con el tono de certidumbre que es el signo de una verdad evidente. ¿Qué ha cambiado en los fundos invadidos cuando las aguas se retiran? Nada, dice Gajus; el fundo es, después de la inundación, lo que era antes de estar inundado; continúa, pues, perteneciendo á su dueño (2). Estos principios eran también seguidos en el antiguo derecho francés; pero estaban obscurecidos por las usurpaciones del feudalismo y por las pretensiones del fisco, más ávido todavía que los señores y más poderoso que ellos. Se lee en las Institutas

1 Sentencia de denegada apelación, de 10 de Febrero 1869 (Dalloz, 1870, I, 148).

2 L. 7, pfo. 6, D., *de adquiriendo rerum dominio* (XII, 11).

de Loysel: «El río quita y da al señor alta justicia; pero *motte ferme* permanece al propietario *tré foncier* (1). Esta era una derogación de los verdaderos principios, y digamos la expresión, era violar el derecho de propiedad. En efecto, para que el propietario pudiese recobrar su heredad, debía probar que cualquier parte de su fundo, una *motte ferme*, había permanecido constantemente encima de las aguas, de suerte que, en el caso de una inundación completa, el propietario perdía su heredad; el señor alta justicia ó el rey se apoderaban de ella. El código ignora esta iniquidad de la *motte ferme* (2),

### § III—DEL DERECHO DE ACCESIÓN EN CUANTO Á LOS ANIMALES.

310. Según los términos del art. 564, «los pichones, conejos, pescados, qne pasan á otro palomar, conejera ó estanque, pertenecen al propietario de esos objetos, con tal que no hayan sido atraídos por fraude y artificio.» El código coloca esta manera de adquisición en la secciód I, que trata del derecho de accesión relativamente á las cosas inmobiliarias. En efecto, la ley considera á los pichones, á los conejos de los conejares y los pescados de los estanques como inmuebles por destino (art. 524). ¿Cuál es la razón de esta accesión inmobiliaria?

Pothier dice que los pichones, conejos y pescados son animales *ferae naturae*. Esto no es exacto, ni por los derechos, ni por el derecho. Si fueran animales salvajes, no formarían un accesorio del fundo; no ligándolos nada al fundo en donde se hallar momentáneamente, estos animales jamás son inmuebles; conservan completa libertad, y por consiguiente, su naturaleza mobiliaria; el hombre no ad-

1 Loysel, *Institutas consuetudinarias*, lib. 2º, tít. 2º, regla 9.

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *mota firme*; Demolombe, t. 10, números 172-174.

quiere su propiedad sino por la ocupación. Mientras que los pichones, conejos y pescados, en el caso previsto por el artículo 564, son muebles y se adquieren por vía de accesión. Buffon ha descrito con su habitual elegancia el carácter de los animales que no son ni salvajes ni domésticos. Al hablar de los pichones, el gran naturalista dice: «Realmente no son ni domésticos, como los perros y los caballos, ni cautivos como las gallinas; son más bien prisioneros voluntarios que se mantienen en el alojamiento que se les ofrece en tanto que en él están á gusto, en tanto que hallan alimento abundante, la yáciga agradable y todas las comodidades de la vida. Por poco que algo les falte ó les desagrade, desamparan y se dispersan para irse á otras partes.»

Ahora se comprenderá por qué dichos animales pertenecen por derecho de accesión al propietario del fundo en el cual viven por hábito. Pothier dice muy bien, que estos animales conservan su libertad natural, realmente no somos sus propietarios, como lo somos de nuestros caballos y de nuestras gallinas; si disfrutamos de su propiedad, es porque forman parte de nuestro palomar en el cual se han establecido; nosotros somos propietarios de un palomar poblado de pichones, no somos propietarios de ellos, haciendo abstracción del palomar. Y si las palomas dejan mi palomar, por esto sólo cesa de tener un derecho sobre ellas; si se establecen en otro palomar, no puedo reclamarlas, porque no me pertenecían, y porque, por accesión, han venido á ser propiedad del dueño de ese palomar (1).

311. El art. 564 agrega: «con tal que no hayan sido atraídos por fraude y artificio». ¿Cuál es el sentido de esta restricción? Las expresiones *con tal que* marcan una condición; luego significan en el art. 564 que el derecho de

1 Pothier, *Del dominio de propiedad*, núm. 166 (Dalloz, *Propiedad* núm. 615); Demolombe, tomo 10, núm. 159.

accesión, en cuanto á los animales, no tiene lugar sino con la condición de que no hayan sido atraídos por fraude y artificio. Luego si hay fraude, el derecho de accesión no tiene lugar; es decir, que en este caso el antiguo dueño tiene el derecho de reclamarlos. Faure, el informante del Tribunal, explica la ley en este sentido: «Si los animales, dice él, han pasado de un fundo á otro, el antiguo propietario no habrá perdido sus derechos en ello. La falta de probidad no puede ser un medio de adquirir (1).

Interpretado de esa manera, el art. 564 es contrario á los principios tales como Pothier los enseña y tales como se deducen de la naturaleza del derecho de accesión. No es exacto decir, como lo hace el informante del Tribunal, que el antiguo propietario no pierde sus derechos; él no tenía derecho sobre aquellos animales, como tales, luego no puede perderlos. Si el propietario del palomar adonde los pichones se van á establecer adquiere un derecho sobre ellos, no es el fraude su título de adquisición, es la accesión. Sin duda que por su fraude ha causado un perjuicio al propietario del palomar que los pichones abandonan, y debe reparar dicho perjuicio. Esto es lo que Pothier dice igualmente; prevee el caso de fraude, y decide que á pesar de él, hay accesión, salvo los daños y perjuicios á que está obligado el que ha empleado el fraude. ¿Debe mantenerse la doctrina de Pothier bajo el imperio del código civil? Muchos autores lo hacen (2), y nosotros no pediríamos otra cosa que hacer otro tanto. Pero el texto del del art. 564 difícilmente se consilia con los verdaderos principios, y el

1 Faure, Informe rendido al Tribunal, núm. 21 (LoCré, tomo 4º, p. 91); Aubry y Rau, tomo 2º, p. 247, nota 4 y los autores que allí se citan.

2 Pothier, *Del dominio de propiedad*, núm. 167. Duranton, tomo 4º, núm. 428; Demolombe, tomo 10, núm. 178. Marcadé, sobre el artículo 564. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, tomo 2º, núm. 129.

texto es superior á los principios. Este no es el único caso en el cual los autores del código Napoleón se han separado del rigor del derecho para inspirarse en la equidad. Desde el momento en que el legislador interviene, el intérprete debe callarse.

De hecho, la cuestión tiene poca importancia, supuesto que las más de las veces será imposible la reivindicación, no pudiendo distinguirse los animales que emigran de aquellos en medio de los cuales vienen á establecerse. Por la misma razón sería difícil probar el daño. Sin decirlo se entiende que ya no puede ser cuestión de daños y perjuicios si no hay fraude. En efecto, no es suficiente que haya un daño para que haya lugar á daños y perjuicios, se necesita además que el daño resulte de un hecho imputable; ahora bien, en el caso de que se trata, el daño resulta de los animales que siguen su instinto.

#### § IV.—DE LA ACCESIÓN MOBILIARIA.

##### Núm. I. *Principios generales.*

312. El art. 363 asienta un principio que parece dominar esta materia, dice: «El derecho de accesión cuando tiene por objeto dos cosas mobiliarias pertenecientes á dos dueños diferentes, está enteramente subordinado á los principios de la equidad natural. Las reglas siguientes servirán de ejemplo al juez para determinarse, en los casos no previstos, según las circunstancias particulares.» Acabamos de decir que esa disposición *parece* establecer un principio fundamental que rige toda accesión mobiliaria. En realidad, el art. 363 no hace más que aplicar á la materia de la accesión las reglas generales de la interpretación de las leyes. Luego es perfectamente inútil, como ya lo hizo notar el Tribunado, y hasta inexacto. No es cierto decir que la ac-

cesión mobiliaria esté regida *enteramente* por los principios de la equidad natural.

En efecto, los artículos bastante numerosos de la sección II preveen sobre poco más ó menos todos los casos que pueden presentarse. ¿Quedan estos casos subordinados á las reglas de la equidad? Absolutamente no, puesto que hay leyes, y ante la equidad la ley calla. ¿Qué significa, pues, la primera parte del art. 565? Que en el silencio de la ley, el juez puede y debe consultar la equidad. Pero esto era inútil decirlo, supuesto que implicitamente se dice ya en el art. 4, que obliga á los jueces á resolver las contiendas que se le sometan, en el silencio de la ley; cuando el juez no está ligado por la ley, se convierte en un ministro de equidad, como lo ha dicho Portalis (1). Y aun esto es demasiado absoluto. Porque antes de recurrir á la equidad, el juez debe consultar la ley, es decir, buscar en ella motivos de analogía. Esto es lo que dice la segunda parte del art. 565, pero lo expresa muy mal. Las reglas establecidas por el legislador jamás son simples ejemplos. Sin decirlo, se entiende que para los casos previstos, las disposiciones de la sección I son, no ejemplos, sino leyes obligatorias. En cuanto á los casos no previstos, ya no son más que ejemplos, supuesto que el juez debe aplicarlos por vía de analogía, y la aplicación analógica de la ley reposa en la voluntad tácita del legislador. Se ve que el consejo de Estado ha hecho mal en no suprimir el art. 565, como lo había solicitado el Tribunado (2).

313. ¿Los casos no previstos son tan numerosos como el legislador parece creerlo? A penas si la doctrina ha encontrado uno ó dos casos que el código no prevee; en cuanto á la práctica, ella desconoce por completo esta materia que

1 Véase el tomo 1º de esta obra, núm. 253.

2 Observaciones del Tribunado, núm. 8 (Loqué, tomo 4º, p. 71).

tanto ha ejercitado el espíritu de la ley sutil de los jurisconsultos romanos. Preciso es que haya una razón para esta diferencia, porque los jurisconsultos de Roma, nuestros maestros, no eran unos teóricos; ellos no hacían el derecho, como se practica el arte por amor al arte; ellos escribían para las necesidades de la vida real. ¿Cómo es, pues, que una materia, tan manejada en otro tiempo, sea desconocida en nuestra jurisprudencia? La accesión mobiliaria supone que el dueño de la cosa principal vuelto propietario de la cosa accesoria, por derecho de accesión, puede reivindicar el todo contra los terceros poseedores. En efecto, en Roma, se admitía la reivindicación de las cosas mobiliarias. En derecho francés, no lo está en principio; se opone la máxima de que en materia de muebles la posesión equivale á título. No tiene lugar sino en rarísimos casos. En consecuencia, las disposiciones del código sobre la accesión mobiliaria reciben muy raras veces su aplicación. Si pasa que haya cosas de accesión, la dificultad se resuelve en una cuestión de daños y perjuicios. Creemos que ésta es una razón suficiente para no detenerse en esta materia. Por mucho tiempo ha sido un tema predilecto para la escuela, á causa de las discusiones á que había dado lugar el disentimiento que dividía á los jurisconsultos romanos. La mayor parte de los autores reproducen esos debates. ¿Para qué? ¿Qué importan las opiniones contrarias de las diversas sectas de legistas sobre cuestiones ociosas? Si la escuela se preocupara un poco más de las necesidades de la vida real, los prácticos tendrían por su parte más respeto á la escuela, y las enseñanzas de la teoría no se nos preciarían con disputas vanas (1).

(1) Compárese, Demolombe, tomo 10, núms. 182-183.

*Núm. 2. De la adjunción.*

314. Cuando dos cosas que pertenecen á diferentes dueños, que han estado unidas de modo que constituyan un todo, son, no obstante, separables, de suerte que una de ellas no pueda subsistir sin la otra, el todo pertenece al dueño de la parte principal, con cargo de pagar al otro el valor de la cosa que ha estado unida.» Al decir: *son no obstante separables*, parece que la ley establece una condición, de suerte que el sentido sería éste: Para que haya accesión por vía de adjunción, se necesita que las dos cosas unidas sean separables. Lo que es absurdo. Esto todo es lo contrario de lo que el legislador ha querido expresar: aun cuando las cosas sean separables, hay lugar al derecho de accesión. La ley supone que la separación no puede nunca efectuarse sin degradación de una ú otra de las dos cosas, y algunas veces de ambas: de aquí ciertas dificultades que se han querido prevenir. Hay, sin embargo, una excepción á la regla establecida por el art. 566; y es, que cuando la cosa unida es mucho más preciosa que la cosa principal y cuando ha sido empleada sin conocimiento del propietario, éste puede, en tal caso, pedir que la cosa unida se separe para devolvérsela, aun cuando de ello pudiera resultar alguna degradación de la cosa á la cual está unida (art. 568). «La ley, dice el dictaminador del Tribunado, no quiere que el propietario de un objeto principal pueda verse privado de él por efectos de una unión operada sin su conocimiento. El no debe ser víctima de lo que no estaba en su poder impedir» (1).

315. Queda por determinar cuál es la parte principal. El código establece desde luego una regla general: conforme á los términos del art. 567, se reputa parte principal

<sup>1</sup> Faure, Informe al Tribunado núm. 23 (Loqué, tomo 4º, p. 91).

aquella á la cual no está unida la otra sino para el uso, el ornato ó el complemento de la primera. Citemos los ejemplos dados por Pothier. Se ha montado una piedra preciosa para formar un anillo. ¿Qué cosa es lo principal, la piedra ó el oro? La piedra, porque por ella se ha adjuntado el oro para montarla, para engastarla, para hacer con ella un anillo. Se le ha puesto un marco á un cuadro; por magnífico que sea el cuadro, por más que sea de un valor superior el cuadro, éste es lo principal, porque es evidente que el marco se ha hecho para el cuadro, y no éste para aquél (1). El dueño de la cosa principal será el que se vuelva propietario de la cosa accesoria, salvo la excepción consagrada por el art. 568. Si, agrega el art. 569, de dos cosas unidas para formar un todo único, una de ellas no puede considerarse como accesorio de la otra, se reputa principal la que es más considerable en valor ó en volumen, si los valores son poco más ó menos iguales.

En otro tiempo fué cuestión célebre saber si la letra es accesorio del papel ó éste de aquélla; lo mismo respecto al cuadro y á la tela. Acerca de este último punto, Justiniano resolvió conforme á la opinión de Gujas, que la pintura es la cosa principal. ¿No sería ridículo, dice él, considerar una obra maestra de Apeles como el accesorio de una tela vil? Pero en cuanto á la letra escrita, los jurisconsultos romanos mantuvieron el rigor de su principio: pudiendo subsistir el papel sin lo que tiene escrito, se consideraba como lo principal en el manuscrito. Esta decisión es también ridícula, dice Pothier: el papel es cosa de ninguna consideración en comparación de lo que tiene escrito (2). La opinión de Pothier está consagrada implícitamente por el art. 567.

1 Pothier, *Del dominio de propiedad*, núm. 174.

2 Pothier, *Del dominio de propiedad*, núm. 173.

*Núm. 3. De la especificación.*

316. Un artesano ó una persona cualquiera emplea una materia que no le pertenece en formar una cosa de nueva especie. Esto es lo que se llama especificación. El código decide que el propietario de la materia tiene derecho á reclamar la cosa que se halla formada, reembolsando el valor de la mano de obra, sin que haya lugar á distinguir si la materia puede ó no recobrar su primitiva forma (art. 570). Admite, no obstante, una excepción á esta regla, que parece rebajar el arte y la industria ante la materia bruta. «Si la mano de obra, dice el art. 571, fuese de tal modo importante que superase en mucho al valor de la materia empleada, la industria sería entonces reputada como la parte principal, y el artífice tendría derecho á retener la cosa trabajada, reembolsando el valor de la materia al propietario.» Portalis presenta como ejemplo el trabajo del escultor: el arte predominará sobre la materia. La excepción es en realidad la regla; porque es raro que el valor de la mano de obra no exceda notablemente el valor de la materia bruta.

317. El art. 572 prevee un segundo caso de especificación. Una persona emplea en parte la materia que le pertenece, y en parte la que no le pertenece, en formar una cosa de nueva especie. Si una ú otra de las dos cosas queda enteramente destruida, se permanece dentro de la regla general de la especificación tal como la trazan los artículos 570 y 571. Y si no se destruyen las materias, hay que ver si las dos cosas pueden separarse sin inconveniente; en este caso, aquél sin cuyo conocimiento fueron elaboradas las materias para formar una especie nueva puede pedir que sean separadas, y reivindicar la que le pertenece. Cuando hablamos de reivindicación en materia de acción, supone-

mos naturalmente que se halla uno en un caso en que, por excepción, se admite la reivindicación en derecho francés. Si no se pueden separar las dos cosas sin inconveniente, la nueva especie se vuelve común á los dos propietarios, en razón, en cuanto al uno, de la materia que le pertenecía; en cuanto al otro, en razón á la vez de la materia que le pertenecía y del precio de su mano de obra. La decisión del artículo 572 recibe dos restricciones. Si la mano de obra sobrepasa en mucho al valor de las materias empleadas, la nueva especie debe pertenecer á aquél de los dos propietarios que además de la materia, ha empleado su industria ó su arte en la especificación. Esto resulta hasta la evidencia del art. 571. Aun cuando la especificación no diese ninguna materia prima, se torna propietario de la nueva especie cuando el trabajo es de una importancia mayor. Con mayor razón debe serlo cuando, además de su trabajo, él procura una parte de la materia.

Hay una segunda restricción que resulta, por analogía, del art. 565. Se supone que la materia agena, empleada por el especificador, tiene un valor superior tanto á la materia que pertenece al especificador como al precio de la mano de obra. Esta cosa es entonces la principal, y por consiguiente, el dueño de ella debe ser propietario de la especie nueva. El código así lo decide, en caso de mezcla (artículo 574). Hay identidad de motivos en caso de especificación.

318. Ya hemos citado una aplicación muy singular de los principios sobre la especificación. Un ladrón confecciona pañuelo con la lana que se ha robado. Siendo la materia prima superior á la mano de obra, el pañuelo es de la propiedad del dueño de la lana robada. Pero éste no reclama. En tal caso al Estado pertenece el cuerpo de delito, es decir, la cosa fabricada. Ocupando el lugar del propietario, el Es-

tado está también obligado á todas las cargas que se le imponen: debe reemplazar al especificador el precio de la mano de obra. He aquí al Estado convertido en deudor del ladrón; pero también es su acreedor por los gastos de las diligencias criminales motivadas por el robo; habrá, pues, lugar á compensación (1).

#### *Núm. 4. De la mezcla.*

319. Se llama *mezcla* la reunión de cosas líquidas ó liquidadas pertenecientes á propietarios diferentes. Los romanos daban el nombre de *confusión* á la reunión de cosas secas ó sólidas. El código no reproduce esta distinción; él no tiene más que una sola expresión, la de mezcla para los dos casos. El atr. 573 resuelve que la cosa formada por la mezcla de varias materias pertenecientes á propietarios diferentes, pertenece por derecho de accesión al dueño de la cosa principal, si ésta es superior en mucho por la cantidad y el precio, añade el art. 574, el propietario de la mezcla debe, en este caso, reembolsar al otro propietario el valor de su materia. Si ninguna de las dos cosas puede considerarse como la materia principal, hay que ver si pueden separarse. En tal caso, aquél sin cuyo conocimiento se mezclaron las materias puede pedir su división. Si no usa de este derecho ó si las materias no pueden separarse sin inconveniente, adquieran en común su propiedad, en la proporción de la cantidad, de la calidad y del valor de las materias que á cada uno pertenecen.

#### *Núm. 5. Reglas generales.*

320. El art. 575 dice: «Cuando la cosa queda en común entre los propietarios de las materias de que se ha formado

1 Montpellier, 23 de Abril de 1844 Dalloz, 1845, 2, 90).

aquella, debe ser rematada en provecho común. Esto es demasiado absoluto. En principio nadie puede ser obligado á permanecer en la indivisión (artículo 815). Así, pues, uno de los comunitarios puede pedir que cese la indivisión; si los dos co-propietarios son mayores y capaces, podían poner término á la indivisión por la vía que quisieren adoptar. Sólo cuando uno de los comunitarios es incapaz la licitación se vuelve una necesidad siendo imposible la partición, como debe suponerse, supuesto que sólo en este caso hay comunidad. Volveremos á insistir, en el título de las *Sucesiones*, acerca de la indivisión y del remate.

321. El art. 576 dice: «En todos los casos en que el propietario cuya materia ha sido empleada sin su conocimiento para formar una cosa de otra especie, puede reclamar la propiedad de ésta, y es libre para pedir la restitución de su materia en la misma naturaleza, cantidad, peso, medida y bondad, ó su valor». Según los términos de la ley, ella no es aplicable más que á la especificación. Hay que aplicarla por analogía á la adjunción y á la mezcla, porque existe el mismo motivo para resolver.

322. «Los que hayan empleado piatorias pertenecientes á otros, y sin conocimiento de éstos, podrán también ser sentenciados á daños y perjuicios, si ha lugar, sin perjuicio de las diligencias por vía extraordinaria, si así se requiere.» (art. 577). Hay lugar á daños y perjuicios, según el derecho común y no por aplicación del art. 1146, supuesto que no existe ningún vínculo contractual entre las partes, sino en virtud de los arts. 1382 y 1383, por cuyos términos cada uno es responsable de sus actos, y aun de su negligencia ó de su imprudencia. Puede haber también diligencias criminales. A esta hipótesis es á lo que se refiere el final del art 577. La expresión *persecución por vía extraordinaria* no se halla en armonía con la nueva legislación; es

una locución del antiguo derecho. En éste se distinguían las persecuciones extraordinarias en las cuales la instrucción y el fallo eran secretos, y las persecuciones ordinarias que se juzgaban en audiencia pública. Según nuestro derecho actual, todos los procesos criminales son públicos. Por una negligencia de redacción es por lo que los autores del código han conservado un término que carece ya de sentido (1);

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, tomo 2º, p. 90, núm. 138.