

### *SECCION III—De las acciones que nacen del derecho de propiedad.*

#### § I.—DE LA ACCION PUBLICIANA.

156. El código civil no se ocupa de las acciones; en nuestro derecho moderno, se confunden con los derechos que se hacen valer en justicia. No obstante, importa siem-

pre distinguirlos, en el sentido de que el ejercicio de un derecho está sometido á ciertas condiciones y produce ciertos efectos. De aquí grandes dificultades que conciernen al derecho civil, y que por consiguiente, tenemos que abordar: haremos á un lado el procedimiento propiamente dicho.

La acción que nace del derecho de propiedad se llama reivindicación. En derecho romano, se admitía además, para proteger la propiedad, otra acción conocida con el nombre de *publiciana*. Se entiende por esto, en la legislación de Justiniano, la acción por la cual una persona, que ha obtenido una cosa por tradición y en virtud de una justa causa, puede, si es despojado, reivindicarla con sus accesorios, como si la usucapion estuviere ya cumplida, por más que en realidad esté únicamente principiada. La mayor parte de los autores franceses enseñan que la publiciana existe todavía en el derecho moderno (1). Esto es inadmisibles. Basta leer la definición de la publiciana que hemos tomado de las Institutas, para convencerse de que esta acción reposa en una ficción; se finge que la prescripción está cumplida, por más que no lo esté. Ahora bien, ¿incumbe al intérprete crear una propiedad ficticia y dotarla de una acción? Ciertamente que nó. Esto decide la cuestión. Nada más débil como las razones que se invocan para mantener la publiciana. Ella es conforme á la equidad, se dice; sea, ¿pero la equidad es suficiente para crear ficciones y acciones? Se invoca la autoridad de Pothier; es cierto que él admitía la publiciana (2). Pothier dice también, que esta acción se funda en la equidad; en efecto, la equidad quiere que el que es el justo poseedor de una cosa y que, aun

1 Duranton, tomo 4º, núm. 8, 233-235; Troplong, *De la prescripción* tomo 1º, núm. 230; *De la venta*, núm. 235. Demolombe, tomo 9º, número 481.

2 Pothier, *Del dominio de propiedad*, núm. 292.

cuando todavía no sea el propietario está en camino de serlo, sea preferido para tener aquella cosa, cuando ha perdido su posesión injustamente á un usurpador que injustamente se ha puesto en posesión de aquella. En el antiguo derecho, los jurisconsultos podían basarse en la equidad, porque no estaban ligados por textos de ley, como nosotros lo estamos, y el derecho romano tenía entónces una autoridad, en los países de derecho consuetudinario, que no tiene en nuestros días, puesto que está abrogado. Luego habría que probar que los autores del código civil han querido mantener la publiciana, y para esto se necesitaría un texto, supuesto que se trata de una ficción, es decir de una excepción. El silencio del código Napoleón es suficiente para decidir la cuestión.

Hay una opinión intermedia por la cual la jurisprudencia se pronuncia, aunque con vacilación. De aquí nace una grande incertidumbre. Aubry y Rau no admiten la publiciana tal como existía en derecho romano, pero mantienen todos sus efectos compatibles con los principios del derecho moderno (1). El interés práctico del debate se concentra en una cuestión: ¿cuáles son las pruebas que debe rendir el actor de reivindicación? Vamos á examinarlo cuando tratemos de la reivindicación. En principio, nos parece imposible conservar los efectos de la publiciana, es decir de una acción ficticia, cuando está uno obligado á abandonar la ficción.

## § II.—DE LA ACCION DE REIVINDICACION.

### *Núm. 1. ¿Contra quién puede y debe intentarse?*

157. El propietario reivindica su cosa contra el que la retiene. De aquí se infiere que no se pueden reivindicar los

1 Aubry y Rau, tomo 2º, p. 389, nota 1.

muebles, porque el detentador opondría al reivindicante que en materia de muebles, la posesión equivale á título (artículo 2279. Nosotros examinaremos esta máxima fundamental del derecho francés, en el título de la *Prescripción*, conformándonos con el orden del código civil. Por ahora, no tratamos más que de la reivindicación de los inmuebles. ¿Contra quién debe y puede intentarse?

Pothier contesta: «El propietario que ha perdido la posesión de una cosa debe dar la acción de reivindicación contra aquél á quien encuentra en posesión de esa cosa.» Entiéndase, si no quiere ó no puede intentar las acciones posesorias. Si tienen todavía las acciones posesorias, tiene interés en formularlas, porque la prueba que tiene que rendir es mucho más fácil. Así, pues, supongamos que el propietario prefiere promover como petitoria, ó que debe hacerlo, porque ha perdido las acciones posesorias. Naturalmente al detentador el al que debe perseguir, porque su acción tiende á que el que ocupe el fundo sea obligado á abandonarlo; y éste no puede abandonarse sino lo que posee. La única dificultad consiste en saber si el propietario puede reivindicar contra todo detentador, aun contra aquél que posee el fundo en nombre de otro. En derecho romano, la cuestión era debatida; Ulpiano decide, contra el parecer de los Proculayos, que la acción está bien dada contra todos los que se hallan en posesión de una cosa que ellos poseen en propio ó en ageno nombre (1). En el antiguo derecho francés, seguía esta opinión por una consideración de equidad. Yo no puedo adivinar, dice Pothier, si al que encuentro en posesión de mi heredad la posee en propio nombre ó como arrendatario. La equidad venció á la sutileza del derecho. Conforme al rigor de los principios, la cuestión sobre el dominio de propiedad de la cosa reivindicada no puede ser discutida ni juzgada con el

1 L. 9, D., *de rei vindic* (VI, I).

arrendatario, porque éste no pretende ser propietario; luego el proceso no puede sostenerse válidamente sino por aquél en cuyo nombre el arrendatario retiene la heredad, es decir por el verdadero poseedor, por el que posee con la intención de tener la cosa para sí. En el antiguo derecho, se conciliaban los principios con la equidad, permitiendo al propietario que demandase á todo detentador; pero cuando el demandado declaraba que no poseía la heredad sino como arrendatario, el reivindicante debía citar á aquél por el cual el arrendatario poseía; después de esto, se ponía al arrendatario fuera del litigio, como que ningún interés tenía en el debate (1). El art. 1727 consagra la antigua jurisprudencia. «Si el tomador es citado judicialmente para que abandone la totalidad ó una parte de la cosa, debe llamar como garantía al arrendador, y se le debe poner fuera de instancia, si lo exige, nombrando al arrendador por el cual aquél posee.» Insistiremos en esta disposición en el título del *Arrendamiento*.

Si el demandado por el reivindicante niega que posee, sea por sí mismo, sea por otros, se necesita naturalmente que el actor establezca este hecho; porque no es concebible la acción de reivindicación contra el que no es poseedor. En este sentido la posesión es el fundamento de la demanda del propietario que reivindica; á él, pues, corresponde rendir la prueba si el hecho se pone en duda (2).

138. Esta cuestión tan sencilla ha dado lugar en nuestros días á una singular dificultad. En el antiguo régimen las corporaciones religiosas gozaban de la personificación civil cuando estaban autorizadas por el soberano. La Revolución las suprimió y se apoderó de sus inmensas propiedades; el Imperio ni siquiera toleró las simples asociaciones

1 Pothier, *Del dominio de propiedad*, núm. 298.

2 Bruselas, 8 de Julio de 1835 (*Pasicrisia*, 1835, 2, 281).

religiosas. Este rigor era duro, pero era lógico. Desde que la libertad de asociación se proclamó en Bélgica y en Francia, las órdenes religiosas se reconstituyeron, en apariencia, bajo la forma de sociedades libres, en realidad con la ambición de restablecer las corporaciones á título de personas, pudiendo poseer y teniendo su patrimonio. Hemos dicho ya (1), y nos veremos obligados á repetirlo á menudo, que no siendo personas civiles las asociaciones libres, no pueden ser propietarias. Sin embargo, de hecho, ellas poseen. Esta es una posesión más que precaria, supuesto que sólo existe con fraude de la ley. El título de las comunidades religiosas es nulo; luego sus bienes están sujetos á reivindicación, como vamos á decirlo. Pero ¿contra quién se intentará la acción? Tal es la dificultad que se ha suscitado. A primera vista se cree que la cosa es muy sencilla. La posesión es una cuestión de hecho. Qué importa que las comunidades no sean propietarias y que posean con violación de la ley; no por eso dejan de poseer y de retener; ¿no basta esto para que se pueda reivindicar contra ellas? Sí, pero se debe nombrar á aquél contra quien se formula la acción. ¿Quién demandará en el caso de que se trata? ¿La asociación? Ella no existe. ¿Los individuos asociados? Ellos os contestarán que no poseen, que fulano de tal es el propietario. ¿Pero se puede reivindicar contra un propietario? ¿Os dirigireis al jefe de la comunidad? Este santo personaje os dirá que no se ocupa más que de las cosas del cielo!

Nuestros tribunales han reducido esas chicanas á la nada. Allí en donde hay heredades, hay también un poseedor, y preciso es que haya un propietario. Cuando se trata de fundos dados ó legados á una comunidad, hay un propietario aparente, y éste es el donatario ó el legatario; pero

1 Véase el tomo 1º, núm. 298.

no es más que un nombre prestado, una persona interpósita, es decir, una ficción. Hay otro sér sin existencia legal, la comunidad que se cree propietaria, pero que legalmente no puede serlo; de todos modos, la verdad es que los miembros de esa comunidad son los que disfrutan de los fundos; luego ellos son los detentadores. Así es que el verdadero propietario puede demandar á los miembros de la comunidad, incluso el jefe; porque á pesar de sus pretensiones á una vida espiritual, si se penetra en los detalles de su existencia, se le encontrará muy ocupado en los intereses temporales. En cuanto á los actos de venta ó de sociedad que los religiosos oponen á los reivindicantes, los tribunales para nada los tienen en cuenta, por la excelente razón de que tales actos no son más que ficciones, y digamos la palabra, actos fraudulentos en el sentido de que están destinados á defraudar la ley (1).

*Núm. 2. ¿Qué es lo que debe probar el actor?*

159. El actor reivindica la propiedad, luego debe probar que él es el propietario. ¿Cómo se rinde esta prueba? Ordinariamente se contesta que se rinde por medio de título ó por la prescripción. Si ha de decirse la verdad, los títulos no prueban más que una sola cosa, y es la causa invocada por el reivindicante para establecer su derecho: éste es uno de los hechos jurídicos que el código civil admite como que transfiere la propiedad, tales como la herencia, la donación, el testamento, la venta, el cambio. En todos estos casos hay transmisión de propiedad, en el concepto de que sea propietario el autor que la transfiere, porque él no puede transferir á otros más que los derechos que él mismo tiene.

1 Bruselas, 13 de Julio de 1866 (*Pasicrisia*, 1867, 2, 27), y sentencia de denegada apelación, de la corte de casación de Bélgica, de 28 de Junio de 1867 (*Pasicrisia*, 1868, 1, 23).

Así, pues, en vano invoca el reivindicante un acto de venta. Este acto prueba que el vendedor le ha transmitido los derechos que él tenía en la cosa, pero para transmitir la propiedad, se necesita ser propietario; luego el reivindicante debe probar que su autor era propietario. Y respecto á éste se presenta la misma dificultad. A cada transmisión de propiedad, hay que rendir una nueva prueba; de modo que á cada paso se retrocede en lugar de avanzar. No sin razón los antiguos intérpretes llamaban á la prueba por títulos una prueba diabólica. Para poner término á estos embarazos inextricables, el legislador ha admitido la prescripción, sea la usucapión con título y buena fe, sea la prescripción trentenaria, fundada únicamente en la posesión. Por eso es el lenguaje exaltado de nuestros antiguos autores cuando hablan de la prescripción: patrocina al género humano, y ella sola finaliza los pleitos y consolida la propiedad.

No obstante, todo lo que acabamos de decir, debe entenderse con una reserva. La jurisprudencia atribuye á los títulos una fuerza probatoria mayor que la que nosotros les atribuimos conforme al rigor de los principios. Antes de exponer las reglas que ella ha consagrado, debemos ver lo que se entiende por título, y cual es la prescripción de que debe prevalecerse el actor.

160. Desde luego hay que hacer constar la posición de las partes en el debate sobre la propiedad. La reivindicación se intenta contra el poseedor; tiende á que se condene al poseedor á abandonar el fundo que sin derecho ocupa. Luego ella implica que el demandado es poseedor sin ser propietario. Síguese de aquí, por una parte, que el poseedor nada tiene que probar, él no es actor y no opone ninguna excepción al reivindicante, como lo suponemos; él no tiene ningún interés por todo el tiempo que el actor no ha establecido el fundamento de sus pretensiones. El está en es-

pera de las pruebas que alegue el reivindicante. ¿En qué consisten esas pruebas? ¿Es suficiente que el actor establezca que el poseedor no tiene derecho? No, porque suponiendo que el poseedor sea propietario, esto no prueba que el actor lo sea. Luego lo que el reivindicante debe probar, es su derecho de propiedad. En tanto que no presente esa prueba, el demandado nada tiene que probar, puede guardar silencio, y ganará la causa por el hecho solo de que el reivindicante no haya probado que es propietario. Esto está universalmente admitido por la doctrina y la jurisprudencia (1).

¿Pero cuál es la razón por la cual el poseedor vence al reivindicante, si éste no prueba su derecho de propiedad? Se contesta habitualmente que se presume que el poseedor es propietario, y que esta presunción predomina si el reivindicante no logra rendir la prueba contraria. Las presunciones tienen mucha importancia en los debates sobre la propiedad; nosotros las detestamos desde el principio, preguntando en qué leyes se fundan. Este es un modo de prueba; las pruebas las arregla la ley. Abramos, pues, el código; ¿qué es lo que nos dice acerca de la fuerza probatoria de las presunciones? El código Napoleón no habla de las pruebas sino en el título de las *Obligaciones*; pero los principios que allí consagra son reglas generales, que reciben su aplicación en materia de derechos reales tanto como en materia de contratos. Pues bien, la ley no conoce más que dos especies de presunciones, las que se atribuyen á la apreciación del magistrado y que, por tal razón, se llaman vulgarmente presunciones del hombre, y las presunciones legales. Las primeras no se admiten sino cuando el objeto

1. Sentencia de denegación de apelación de 2 de Febrero de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 235), y de 22 de Mayo de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 473); sentencia de casación de 22 de Noviembre de 1817 (Dalloz, 1817, 1, 278). Gante, 12 de Julio de 1863 (*Pasiersta*, 1863, 2, 316).

del litigio no pasa de ciento cincuenta francos, ó cuando se ataca el acto por causa de fraude ó de dolo (art. 1353); es decir, que es raro que puedan invocarse en un litigio sobre la propiedad inmobiliaria. En cuanto á las presunciones legales, ellas no existen sino en virtud de la ley; los casos en que la propiedad se prueba por presunción son poco numerosos; los hallaremos en el título de las *Servidumbres*, (arts. 653, 654). Tales son los principios elementales sobre la materia (art. 1350); se puede resumirlos, en una palabra, en lo concerniente á nuestra cuestión: no puede haber presunción sin ley. La cuestión se reduce, pues, á esto. ¿Existe alguna ley que declare que se presume al poseedor propietario, y que esta presunción predomine si el reivindicante no rinde la prueba contraria? Nó. Esto es decisivo. Hay que agregar que el demandado no necesita de una presunción, sea la que fuere. Su papel es muy sencillo: guarda silencio. Incumbe al actor probar su derecho de propiedad; si no lo prueba, por esto mismo sucumbe. ¿Sucumbe porque el poseedor tiene en su favor una presunción de propiedad? Sucumbiría, aun cuando probase que el poseedor carece de todo derecho: prueba evidente de que lo que protege al poseedor no es una presunción de propiedad. Sucumbe porque, siendo actor, no prueba los fundamentos de su demanda. En todo esto no hay ni una sombra de presunción.

161. ¿Qué se entiende por título? Se llama *título de propiedad*, dice Pothier, á todos los títulos á propósito para hacer pasar de una á otra persona la propiedad de una cosa. Pothier da como ejemplo la venta de la heredad hecha al actor antes de que el poseedor contra el cual se da la demanda haya comenzado á poseer dicha cosa. Más adelante volveremos á tratar de la influencia que la anterioridad del título ó de la posesión ejerce en materia de reivindicación. Por el momento preguntamos únicamente lo que Pothier

entiende por título. Da, además, como ejemplo la donación y el acto por el cual la cosa hubiese sido dada en pago al actor de reivindicación, porque la dación en pago es transi- tiva de propiedad. Sucede lo mismo con el acto por el cual el actor hubiese recibido un legado que se le hubiese hecho de aquella cosa. Por último, el acto de partición por el cual aparece que la cosa reivindicada ha tocado al actor en la sucesión de alguno de sus parientes, es también un título que puede servir de fundamento á su demanda.

Pothier se sirve unas veces de la palabra *título*, otras de la palabra *acta*. Es, no obstante, grande la diferencia, y por elemental que sea, sucede que la jurisprudencia la desconoca. El título es el hecho jurídico que transfiere la propiedad si el autor es propietario: éstos son los modos de trasmisión de la propiedad enumerados en el art. 711, que acabamos de transcribir. El acta es un escrito, auténtico ó privado, que comprueba la existencia del título. Cuando ésta es solemne, se requiere el acta para la existencia misma del título: tal es la donación. Cuando el título no es solemne, el acta no sirve más que de prueba. Luego puede haber un título sin acta. Respecto á la sucesión, puede acontecer que no haya ninguna partición, por ejemplo cuando no hay más que un heredero; luego ni siquiera puede haber acta. En cuanto á la venta, no se necesita de acta entre las partes; en cuanto á los terceros, se necesita la transcripción del acta auténtica que comprueba la venta.

Cuando se dice que el reivindicante debe tener un título, esto quiere decir que debe haber adquirido la propiedad en virtud de uno de los hechos jurídicos que transmiten la propiedad, sucesión, testamento ó contrato. No basta que él alegue uno de esos títulos, se necesita también que pruebe su título; la prueba se hace según las reglas trazadas en el título de las *Obligaciones*; Tales son los principios elemen-

tales concernientes al *título* y al *acta*. Vamos á explicarlos en algunas cuestiones sobre las cuales ha habido debates judiciales.

162. ¿Puede el reivindicante oponer al poseedor, una acta en la cual éste no ha sido parte? No se concibe que se haya llevado la cuestión ante la corte de casación; los principios más elementales son suficientes para decidirla. El acta es prueba del título que hace constar. ¿Cuál es la extensión de dicha prueba. Hay que distinguir entre las actas de carácter privado y las auténticas. Hacemos á un lado tal distinción para no complicar el debate. El acta es auténtica, como tal hace fe plena, no solamente entre las partes, sino respecto á terceros, del hecho jurídico que hace constar; y aun prueba hasta acción de falsedad las declaraciones materiales de la parte comparecientes. Luego prueba hasta que se demuestre su falsedad la declaración que las partes han hecho de vender y de comprar. He aquí el título que está probado respecto á todos, es decir que está probado que hay una venta, una donación, un testamento. ¿Por qué, pues, el reivindicante no podría oponerla al poseedor? Diariamente sucede que el poseedor la opone al reivindicante, cuando invoca la usucapión, la cual se funda en un título. Se objeta que las convenciones no tienen efecto sino entre las partes. Esta singular razón ha dominado á la corte de Caen; la corte de casación, al casar la sentencia, dice muy bien que no se trata del efecto de las convenciones, ni por consiguiente del art. 1165. Pero la corte suprema, por su parte, no da el verdadero motivo para decidir; el motivo es evidente, y es la fuerza probatoria la que está inhibida en el acta, y que se deriva no de las convenciones sino de la intervención de un oficial público.

El notario tiene precisamente por misión ~~hacer~~ constar, con plena fuerza probatoria, los hechos jurídicos que ante

él pasan; por esto es que una escritura de venta da fe de la venta. En lugar de fundar su decisión en estos principios elementales ¿qué es lo que hace la corte de casación? Ella dice que: «el derecho de propiedad estaría perpetuamente perturbado si los contratos destinados á establecerlo no tuviesen *valor* sino respecto á las personas que en ellos hubiesen sido partes, supuesto que de la imposibilidad de hacer concurrir á los terceros á contratos que no les atañen, resultaría la imposibilidad de obtener títulos protectores de la propiedad contra los terceros» (1). Nada más cierto que esto; pero ¿es éste el lenguaje del jurisconsulto? Al legislador, y únicamente á él, corresponde pesar los inconvenientes y establecer una regla que los prevenga; pero si no existiese la regla ¿podría prevalecer el intérprete de esos inconvenientes para inferir de ellos la regla? Esto sería hacer la ley. En el caso, era perfectamente inútil hablar de los inconvenientes que habría si el reivindicante no pudiese oponer a los terceros el acto que comprueba su título; se puede hacer según el derecho común. Era necesario decir cuál es este derecho común. Nosotros lo hemos recordado; es un principio elemental en virtud del cual la escritura auténtica tiene fuerza probatoria respecto á los terceros tanto como entre las partes.

163 ¿Un fallo que declare que el reivindicante es propietario es un título que éste puede oponer al poseedor? Se supone naturalmente que éste no ha sido parte en la causa. La corte de casación ha decidido que siendo la propiedad un derecho real, el cual por el hecho mismo de existir puede oponerse á todos, la sentencia que declara á una persona propietaria equivale forzosamente á un título, salvo que aquél á quien se opone la sentencia formule *tercería*.

1 Sentencia de casación, de 22 de Junio de 1864 (Daloz, 1, 412).

Sin duda, dice la corte, que el fallo invocado por el reivindicante no tiene la autoridad de cosa juzgada contra el poseedor que no ha sido parte en él, pero no por eso deja de ser un título, y este título predomina, á menos que el poseedor lo ataque por medios de tercera oposición, ó que destruya la prueba que de él resulta estableciendo en provecho propio, un derecho de propiedad preferible, ó una posesión anterior que tenga los caracteres de una posesión legalmente adquisitiva.

Momentáneamente hacemos á un lado este último punto. ¿Es cierto que un fallo sea un título? En la acepción rigurosa de la palabra, nó; el art. 74 no pone á los fallos entre los modos de transmisión de la propiedad, y Pothier se ha cuidado bien de citarlo entre los ejemplos que da. Queda por saber si el fallo hace veces de escritura, es decir, de un escrito que compruebe el título. Para que el fallo haga veces de escritura, se necesita, desde luego, suponer que no hay escritura; si hay una sobre la cual se suscite discusión, el fallo que resuelve esta no hará ciertamente las veces de escritura, supuesto que hay una que es el objeto del litigio. ¿Puede oponerse semejante fallo á los terceros? Nosotros no lo creemos, porque no hace veces de escritura. Pero si nunca ha habido escritura, si ha habido una venta verbal, que niegue uno de los contrayentes, el fallo que se pronuncie realmente hará las veces de escritura. Por esto nuestra ley hipotecaria exige que se registre el fallo (artículo I de la ley de 16 de Diciembre de 1851). El fallo hará constar que ha habido venta; luego dará fe de la venta, como lo haría una escritura notariada. ¿Pero hace fe respecto á terceros que no han sido partes en el litigio? En este punto hay una duda. ¿No puede decirse que los terceros no han intervenido en el fallo, y que por lo tanto éste no existe á su respecto? Se contesta que lo mismo es de las escrituras autén-

ticas; los terceros á los cuales se oponen no intervienen en ellas, lo que no impide que den fe de los hechos que en ellas constan, por consiguiente del hecho de la transmision de la propiedad, como acabamos de decirlo. Todo lo que resulta de que los terceros no han sido partes en causa, es que el fallo no tiene fuerza de cosa juzgada contra ellos; pueden atacarlo [por tercera oposición, pueden combatirlo por la prueba contraria, pero no pueden negar la fuerza probatoria de los hechos que en él constan. Queda, sin embargo, un matiz de diferencia entre las escrituras y los fallos. Las escrituras hacen constar las declaraciones voluntarias de las partes que en ellas figuran, mientras que, en una instancia judicial, una de las partes niega; esta denegación se reduce á la nada por la decisión del juez; ¿pero no podría sostenerse que la decisión no debe tener ningún efecto respecto á los terceros? En teoría, sí se podría; pero la cuestión está resuelta por la ley hipotecaria; supuesto que ésta quiere que los fallos que hacen veces de escrituras se transcriban, implícitamente decide que se pueden oponer á los terceros. Pero si el fallo equivale á una escritura, no prueba más que ésta: hace constar la existencia de un título, es decir de un hecho jurídico que es translativo de propiedad, con una condición y es que emane del propietario.

164. El reivindicante produce unas escrituras, pero éstas son viejas escrituras en que él no fué parte. ¿Es esto un título que se pueda oponer al poseedor? Se ha fallado que viejos títulos que suben á varios siglos son insuficientes para establecer un derecho de propiedad actual (1). Esto es evidente cuando el reivindicante no prueba el lazo que existe entre el y los que figuran en esos títulos viejos. Pero si se trata de una comuna, como en el caso juzgado por la corte de Lieja, no vemos la razón de que los títulos viejos no sir-

1 Lieja, 7 de Junio de 1849 (*Pasicrisia*, 1852, 2, 163).

viesen de prueba. Una comuna es una persona civil que vive siempre y que nunca envejece, si podemos expresarnos así. Luego para ella no hay viejos títulos; si produce alguno, que date de dos ó tres siglos, ella establece su derecho. y no puede repelerse su acción sino oponiéndole una excepción fundada en un título más reciente ó en la prescripción. No sucede lo mismo cuando se trata de particulares; mueren éstos, y al morir transmiten sus derechos á sus sucesores; luego éstos pueden invocarlos probando su calidad de sucesores, siendo la sucesión un título translativo de propiedad. También se ha fallado que una escritura de venta que establezca la adquisición de la heredad litigiosa por el abuelo y la abuela del reivindicante, no probaba que el fundo hubiese venido á ser propiedad de éste, habiendo tenido sus abuelos varios hijos, así como el padre y la madre del reivindicante (1). Esta decisión nos parece igualmente demasiado absoluta. Cualquiera que sea el número de los hijos entre los cuales se divide una herencia, los bienes pasan de una generación á la otra: lo que faltaba á la prueba que el reivindicante debía rendir, no era que el título que él invocaba fuese antiguo, es que no probaba que la heredad hubiese llegado á sus manos por vía de herencia como sucesor de los adquirentes. Tal ha sido, sin duda, la mente de la corte, pero en derecho se necesita que la mente sea precisa tanto como su expresión.

165. ¿El reivindicante puede invocar los títulos aducidos por el demandado? Es de principio que el poseedor nada tiene que probar; luego no debe producir título, y al instante diremos que la prudencia exige que no los produzca. Pero si los produce, esas escrituras forman desde entonces parte del debate; el actor puede prevaleerse de ellas lo mismo que el demandado puede prevaleerse de los que le opon-

1 Bruselas, 22 de Junio de 1830 (*Pasicrisia*, 1830, p. 155).

ga el actor; porque los títulos que el demandado produce son también opuestos al actor; en este sentido le pertenecen; la prueba que de ellos resulta es indivisible; la escritura prueba lo que hace constar en provecho de todas las partes interesadas; poco importa quién la produzca, porque este hecho nada tiene de común con la fuerza probatoria de la escritura; luego no podría influir con la prueba. La jurisprudencia es de este sentir, y no da lugar á duda alguna (1).

Distinta es la cuestión de saber si el reivindicante puede prevalerse de los vicios que manchan el título del poseedor. En principio, debe contestarse negativamente. En efecto, nada importa que la posesión del demandado sea viciosa, y hasta injusta, porque eso no prueba que el actor sea propietario. Así, pues, ni siquiera hay interés en prevalerse de estos vicios. No obstante, en la doctrina consagrada por la jurisprudencia, como más adelante lo diremos, el reivindicante podría estar interesado en prevalerse de esos vicios. ¿Y tiene derecho para ello? Debe verse en qué consiste el vicio. Si no tiende á establecer la propiedad del reivindicante, si es concerniente al derecho de un tercero, el actor no puede prevalerse de él. El derecho del 7 termidor, año XI, restituyó á las fábricas los bienes que habían venido á ser propiedad del Estado. Un dictámen del consejo de Estado, de 23 de Diciembre de 1806, aprobado por decreto imperial, de 25 de Enero de 1807, exige que las fabricas sean despachadas en posesión de esos terrenos. Si una fabrica posee un terreno sin que haya sido despachada en posesión, el Estado podría prevalerse de tal vicio, pero un tercero que reivindicase el terreno no podría hacerlo, por-

1 Sentencias de denegada apelación, de 22 de Mayo de 1865 (Dalloz, 1865, I, 473), y de 31 de Marzo de 1868 (Dalloz, 1868, I, 418).

que no puede ejercitar un derecho que sólo al Estado pertenece (1).

Si los títulos producidos por el poseedor prueban que él no es más que detentador precario, el título del actor dominará, en el sistema de la jurisprudencia, aunque sea posterior á la posesión del demandado. El título del poseedor es lo que ha revelado lo precario de su posesión, estableciendo que tenía únicamente los aprovechamientos; el reivindicante puede prevalerse de ese título, no para establecer su propiedad, que lo está por una escritura, pero ésta sola no le había hecho ganar el litigio, porque es posterior á la posesión del demandado. Si éste se hubiese favorecido de su posesión, habría ganado, como vamos á decirlo; pero como el título producido prueba por sí mismo lo precario de la posesión, él debe sucumbir, porque jamás puede invocarse el título precario en materia de propiedad (2).

166. Vamos á aplicar estos principios á una interesante cuestión bajo el punto de vista del derecho, afflictiva bajo el punto de vista de la moral y del orden público. Hé aquí el caso que se ha presentado ante la corte de casación de Francia: un nombre ilustre figura en esto; lo que no hace más que aumentar la penosa impresión que tales debates debe producir en todos los que tienen el sentimiento del derecho y el culto de la ley. Lacordaire restableció en Francia la orden de los padres predicadores. Legalmente no podía hacerlo. Recurrió á contratos ficticios; la ficción, ó por mejor decir, el fraude á la ley ha venido á ser el derecho común de los religiosos que aspiran á practicar los consejos evangélicos, es decir, á realizar la perfección en la tierra. ¡Qué trastornos del sentido moral! ¡Se aspira á la perfección, y se empieza

1 Bruselas, 14 de Agosto de 1851 (*Pasicrisia*, 1852, 2, 176).

2 Sentencia de denegada apelación, de 22 de Mayo de 1865 (*Dalloz* 1865, 1, 473).

por violar el primer deber de la sociedad, que es el respeto á la ley! Sociedad ficticia, cesión ficticia á esta sociedad, de los bienes que á ella traía Lacordaire, por último, testamento ficticio á favor de un estafermo, persona interpuesta. La orden de los dominicos era la que, en la mente de Lacordaire y de sus pretendidos asociados, debía aprovecharse de todos esos actos ficticios. Muere el célebre predicador. Uno de los cofrades ataca los testamentos otorgados por Lacordaire; y se anulan. El ataca la pretendida sociedad civil y la cesión que le ha sido hecha. Anúlase la sociedad, así como la cesión, en lo que concierne á los bienes personales que Lacordaire había puesto en aquélla. Quedaban los bienes dados á Lacordaire ó adquiridos con donativos que se le habían hecho. En apariencia, Lacordaire era propietario, y como tal figuraba en las escrituras; su heredero se apoderó de ellas y reivindicó esos bienes contra los que los reventan, los religiosos de la orden. El hermano en religión de Lacordaire no podía reivindicar sino cuando éste mismo hubiere sido propietario; y no lo era sino en virtud de actos ficticios; ¿y acaso la ficción y el fraude á la ley son títulos? Evidentemente que no. Luego Lacordaire no era propietario, y por lo tanto, su heredero no podía serlo, luego no podía reivindicar.

En vano opinia que los detentadores de aquellos bienes no eran sus propietarios. Evidentemente que no lo eran, porque también ellos eran unos estafermos; á la orden de los dominicos se habían dado los bienes, y esta orden no es una persona, es un no ser. ¿Pero quién puede prevaleerse de este vicio que mancha y á anula el título de los detentadores? El propietario solo, y ¿quién es el propietario? No es el que figura en las escrituras como donatario ó adquirente; todas esas escrituras son ficticias. No hay más que un solo propietario verdadero, el autor de la liberalidad; él

puede reclamar, pedir la nulidad de las escrituras ficticias que ha subscripto, la nulidad de las escrituras subsecuentes; él puede reivindicar, porque nunca ha cesado de ser propietario. ¿Pero si él guarda silencio? Y lo guarda. ¿Acaso el heredero del propietario ficticio puede prevaleerse del vicio que anula el título de los detentadores? La doctrina está admitida por la doctrina y por la jurisprudencia, y nos parece evidente (1). Esto es la aplicación del principio elemental que acabamos de dejar asentado: el reivindicante no puede invocar los derechos de los terceros. Esto es decisivo.

He aquí, pues, el resultado al que venimos á parar. Las corporaciones religiosas están abolidas, y se reconstituyen á pesar de la ley. En apariencia, son ellas sociedades civiles, pero tales sociedades están constituidas con fraude de la ley, y los tribunales las anulan. Como sociedades, las comunidades religiosas no pueden adquirir ni poseer; los tribunales anulan las liberalidades que se las hacen, y admiten la reivindicación que contra ellas se ejerce. Pero si las partes interesadas no proceden judicialmente, si nadie pide la nulidad de esas escrituras ficticias, fraudulentas, si nadie reivindicar, las pretendidas sociedades subsistirán á pesar de la ley; son ellas verdaderas corporaciones religiosas que tienen todos los inconvenientes de las antiguas corporaciones, y además los que nacen de la libertad absoluta de que ellas gozan. No es éste el lugar de tratar el asunto; en otra parte lo hemos hecho (2). Por de pronto, llamamos la atención sobre la cuestión de propiedad. En nuestro derecho

1 Sentencia de la corte de casación de Bélgica, de 28 de Junio de 1887 (*Pasicrisia*, 1868, 1, 231). Sentencias de la corte de casación de Francia, de 1º de Junio de 1869 (*Dalloz*, 1869, 1, 313); y de 30 de Mayo de 1870 (*Dalloz*, 1870, 1, 277). Orts, "De la incapacidad civil de las congregaciones no autorizadas," núm. 307.

2 Véase mi *Estudio sobre la Iglesia y el Estado en Bélgica*.

no hay inmuebles sin propietario. ¿A quién pertenecen, pues, los fundos poseídos por las comunidades religiosas? La jurisprudencia decide que no pertenecen ni á las personas que figuran en las escrituras translativas de propiedad, ni á las comunidades religiosas que no tienen existencia civil; luego no pueden pertenecer sino á los antiguos propietarios y á sus sucesores en derechos; éstos pueden reivindicarlos, pero ¿si no lo hacen? Aquí surge el escándalo que nos aflige; la ley está impunemente violada, podríamos decir insultada, porque la pretensión de las sociedades religiosas para ninguno es un secreto: ellas niegan la potestad de las leyes que las han destruido, ellas sostienen que continúan existiendo á pesar de estar abolidas, porque deben á Dios su calidad de persona civil. Esta violación permanente de la ley conmueve y destruye su poder; ella acusa la incuria del legislador. Existe un vacío en la ley, y los más graves intereses exigen que sea colmado, ¡y el legislador guarda el silencio cuando se le ataca y cuando sistemáticamente se desconoce su autoridad!

Hay, sin embargo, un remedio al mal, aun en el estado actual de la legislación. Repetimos que no hay bienes inmuebles sin dueño. Si los propietarios de los bienes donados ó legados á las comunidades religiosas no los reivindicar, los abandonan á un sér que no existe, es decir, que son bienes abandonados con la intención de no volver á poseerlos. Tales bienes pertenecen al Estado, según los términos del art. 713, que dice: «Los bienes sin dueño pertenecen al Estado.» Legalmente, los antiguos propietarios pueden reivindicar durante treinta años; en esto consiste el vacío; la acción debería estar limitada á un plazo menor. De todos modos, despues de treinta años, prescribe y una vez extinguida la acción de los propietarios, los

bienes quedan sin dueño; luego pertenecen al Estado, y tiene el derecho y el deber de reivindicarlos.

167. ¿Los principios que rigen la reivindicación se aplican á la acción de deslinde? En el título de las «Servidumbres,» veremos en qué difieren las dos acciones (1). Hay casos en que el deslinde comprende una verdadera reivindicación; así sucede cuando el que promueve el deslinde sostiene que el demandado posee bienes que á aquél pertenecen: desde luego hay que resolver el debate sobre la propiedad, y sólo cuando éste se haya resuelto se decidirá á quien pertenece el terreno litigioso en el cual se podrán implantar mohones. Luego hay una acción de reivindicación, que está regida naturalmente por los principios sobre la reivindicación. Veamos un caso que se ha presentado ante la corte de casacion. El actor se dice propietario de la totalidad del terreno litigioso, un corral y un hoyo para estiercol; él se queja de que el demandado ha mandado levantar sobre dicha propiedad una pared que lo priva de la mayor parte de su corral y de su hoyo; su conclusión es que se haga el deslinde; el demandado concluye, al contrario, en que el juez de paz y el tribunal de apelación, se declaren incompetentes, en atención á que se trataba de una reivindicación. La corte falló que la acción de deslinde implicaba una reivindicación de propiedad puesta en duda por el demandado (2). Siguese de aquí que el actor debe probar su propiedad contra el demandado como en las instancias de reivindicación. Esto es lo que la corte de casación ha resuelto igualmente. En este caso, el actor producía la escritura que comprobaba, la continencia que debía tener su heredad, y pedía que se probara que él no poseía esa con-

1 Véase el tomo 72 de esta obra, núm. 433.

2 Sentencia de casacion, de 27 de Noviembre de 1865 (Dalloz, 1866, 1, 97).

tinencia. Esta prueba es insuficiente, dice la sentencia; el actor debe, además, probar que ese déficit de capacidad es el resultado de una usurpación cometida por el demandado. Esto equivale á decir que el debate no estribaba en el deslinde, sino en la propiedad, luego había que aplicar los principios que rigen la reivindicación (1).

168. El que procede en reivindicación puede invocar también la prescripción. En cuanto al usucapión, no hay duda alguna, supuesto que es adquisitivo de propiedad. En nuestro derecho moderno, sucede lo mismo con la prescripción trentenaria, como lo diremos al tratar de la *Prescripción* (art. 2219) (2). Esta es la más incontestable de las pruebas, puesto que el demandado no puede combatirla, como puede hacerlo cuando el actor alega un título. Se necesita, entiéndase bien, que la posesión reúna los caracteres exigidos por la ley para que la posesión pueda conducir á la prescripción (art. 2229) (3).

Se ha hecho, sin embargo, una objeción contra esa doctrina que reposa en los principios más claros. La reivindicación, se dice, se formula contra el poseedor; ella implica, pues, que el demandado tiene la posesión; por lo mismo el actor no puede tenerla; si la tiene, renuncia al beneficio de la posesión procediendo como petitorio. Esto es lo que dice el art. 26 del código de procedimientos, por cuyos términos la introducción de una instancia en petitoria tiene por consecuencia impedir al que la ha empeñado que recurra ulteriormente á la acción posesoria. ¿No equivale esto á decir que él no puede ya prevalerse de su posesión? Nó, ya no puede prevalerse de ella, en el sentido de que ya no tiene las acciones posesorias; pero la posesión hace también un

1 Sentencia de denegada apelación, de 27 de Noviembre de 1865 (Dalloz, 1866, 1, 102).

2 Bruselas, 2 de Febrero de 1826 (*Pasicrisia*, 1826, p. 33).

3 Bruselas, 27 de Julio de 1827 (*Pasicrisia*, 1827, p. 268).

papel en la acción petitoria, en tanto que funda la prescripción; ahora bien, la prescripción equivale á un título, y realmente es el título más fuerte. Luego es decir una cosa absurda suponer que el que intenta una acción de reivindicación renuncia al medio más poderoso que tenga de probar su derecho de propiedad. El debate se llevó, no obstante, ante la corte de casación (1).

169. ¿De qué manera establecerá el actor su derecho de propiedad, si no puede invocar la prescripción, ni en su persona, ni en la persona de su autor? Conforme al rigor de los principios, debe decidirse que debe sucumbir, por aplicación de la regla elemental escrita en el art. 1315 que el actor debe probar el fundamento de su demanda; de donde se sigue que si no rinde esa prueba, él pierde su causa. Se conviene en que tal es la pura teoría (2). La expresión no es exacta; no se trata de una pura teoría, sino de un principio fundamental de derecho, principio que se aplica sin discusión ninguna á las obligaciones y que debe aplicarse á los derechos reales, á menos que se encuentre una derogación á la ley. ¿Existe tal derogación? El derecho romano la admitía con el nombre de acción *publiciana*; el antiguo derecho la admitía igualmente; pero el derecho anterior al código está abrogado. Luego en el código es en donde debe buscarse la derogación á un principio que el código formula. Pero en vano se le buscaría. La jurisprudencia la ha consagrado, y Aubry y Rau han tratado de justificarla; nosotros creemos que sólo una cosa han probado, y es que hay vacío en la ley. En cuanto á los principios mismos en que descansa la jurisprudencia, esto nos parece evidente. «Una prueba tan rigurosa, se dice, difícilmente se conciliaría con las exigencias de la práctica.» ¿Desde cuando

1 Sentencia de denegada apelación, de 7 de Junio de 1851 (Dalloz, 1853, 1, 106).

2 Aubry y Rau, tomo 2º, p. 391, nota 6.

las exigencias de la práctica han tenido el poder de derogar textos de ley? ó lo que es lo mismo ¿crear principios excepcionales, y por tanto, hacer la ley? Se agrega «que parece, bajo el punto de vista de la *equidad*, que no se puede reclamar del reivindicante más que la prueba de un *derecho mejor* ó más probable que el del demandado.» Nosotros remitimos la *equidad* con las *exigencias de la práctica* al legislador: él sólo puede escuchar esto, el intérprete está encadenado por los textos y por los principios que ellos formulan. Hé aquí por qué recusamos también la autoridad de Pothier en esta materia, y es porque la teoría de la *publiciana*, ó de un *derecho mejor* del reivindicante, no tiene otra base que la equidad, la cual no podemos admitir. Pothier decide á cada paso conforme á la equidad; bajo el imperio de un código, esto no se permite ya al intérprete. Se invoca, además, la presunción de propiedad inherente á la posesión; de antemano hemos rechazado esa pretendida presunción, porque no puede haber presunción sin texto. Desesperando de la causa se ha apelado «al espíritu general de nuestra legislación;» nosotros contestamos que ciertamente el espíritu de la ley puede ayudarnos á interpretar los textos, pero no tiene poder para crear leyes y principios. En definitiva, la doctrina de un *derecho mejor* debe rechazarse por el hecho solo de que no está consagrado por el código.

170. Vamos á entrar en el pormenor de la doctrina que la jurisprudencia ha admitido y que los autores aprueban. El actor produce un título de propiedad y el demandado no tiene ninguno; si el título del reivindicante es anterior á la posesión del demandado, ganará el pleito porque se le considera como que ha justificado suficientemente su derecho de propiedad. *Considerado*: la expresión es singular; justifica uno su derecho ó no lo justifica; pero para que, sin

justificación real, sea uno *considerado* como que ha justificado suficientemente su derecho, se necesitaría un texto, y éste no lo hay. Escuchemos á Pothier. ¿Por qué predomina el reivindicante, por más que su título por sí no prueba su propiedad? Para probarla plenamente, él debería establecer que su autor es propietario. ¿Qué contesta Pothier? «El que ha vendido ó donado al actor, la heredad reivindicada, se *presume suficientemente* que ha sido su poseedor y propietario y que se le ha trasladado la posesión y la propiedad (1).»

Así, pues, la decisión descansa en una *presunción suficiente*. ¿Está escrita dicha presunción en nuestros textos? Nó; luego no es una simple presunción, sino una simple probabilidad, á menos que se trate de presunciones del hombre, porque éstas no entran en causa. «Las presunciones, dice el art. 1349, son consecuencias que la ley ó el magistrado deduce de un hecho conocido á otro desconocido.» El reivindicante no tiene presunción que establezca su derecho, no tiene título suficiente, no tiene prescripción, luego no prueba lo que debía probar; en consecuencia, debe sucumbir.

Escuchemos á la jurisprudencia. Ella aplica el principio del *derecho mejor*, sin que siquiera lo califique de ese modo y sin motivarlo, como si fuera una máxima(2). Las *exigencias de la práctica* son las que deciden; así lo deseamos, pero con la condición de que el legislador establezca la regla. En realidad, lo que domina en esta materia son los principios de la publiciana. Pothier no se encubre. Cuando el título invocado por el reivindicante emana de un autor que no era propietario, es evidente que no tiene base

1 Pothier, *Del dominio de propiedad*, núm. 324.

2 Sentencia de casación, de 22 de Junio de 1864 (Dalloz, 1864, 1, 412).

la teoría que se funda en una presunción de propiedad en la persona del autor del reivindicante; sin embargo, Pothier aun en este caso, concede la reivindicación al que de buena fé ha adquirido del propietario; si ésta, dice él, no es la verdadera reivindicación, por lo menos es una acción útil, es decir la *publiciana* (1).

Aquí estamos en plena equidad, pero también fuera de la ley. Nada mejor como que el legislador tenga en cuenta la equidad y restablezca la publiciana; pero negamos que el intérprete tenga ese derecho. Cuando el demandado establece que su posesión es anterior al título que produce el reivindicante, ganará la causa si el reivindicante no justifica que su autor era propietario. Según nuestra opinión, ésta es la aplicación del derecho común; desde el momento en que el actor no justifica el fundamento de su demanda, debe sucumbir. En la doctrina que estamos combatiendo, se hace á un lado el derecho romano. Para justificar su decisión, Pothier dice: «Yo no puedo constituirme un título haciéndome trasladar una venta ó una donación de una heredad que vos poseís, por una persona que no la posee; vos, por *vuestra sola calidad de poseedor, sois el presunto propietario de la heredad*, más que bien el que me la ha vendido, que no la poseía y de cuyo derecho nada se puede justificar.» Siempre presunciones sin texto, que nosotros rechazamos hasta que las consagre la ley, como lo quiere el art. 1349.

171. El reivindicante tiene un título y el poseedor tiene otro. Distinguese entre si los dos títulos emanan del mismo autor, ó si emanan de diversas personas. En el primer caso, la anterioridad del título es lo que decide la cuestión de propiedad, con esta restricción, que habiendo exigido leyes posteriores al código civil, en Francia y en Bélgica, que las

1 Pothier, *Del dominio de propiedad*, núm. 325.

escrituras translativas de derechos reales inmobiliarios se transcriban para que puedan oponerse á terceros, aquél de los dos adquirentes que primero haya transcrito su título será propietario, de preferencia al que no lo ha transcrito. Pothier enseña la misma doctrina: «aun cuando no se hubiese establecido, dice él, que el autor común haya sido propietario, el que por él ha sido puesto primero en posesión de la heredad litigiosa *debe reputarse como que de él adquirió la propiedad de la heredad*» (1). ¡Vaya una singular presunción! ¡Ninguna cosa prueba que el autor común sea propietario, y nó obstante, transmite la propiedad al que fué el primero que él puso en posesión! ¿Cómo puede el transmitir la propiedad, cuando no se sabe si es propietario? Comprendemos que entre los dos interesados la ley se decide á favor del que primero adquirió; pero ¿puede el intérprete crear una presunción de propiedad en favor de su pretendido derecho? Se va más lejos, se mantiene la preferencia en favor del primer adquirente aun cuando se haya probado que el autor común no era propietario. La ley romana así lo decide, pero en virtud de los principios que regían la publiciana (2); y el código civil no conoce la publiciana. Es verdad que según nuestra ley hipotecaria, aquél de los adquirentes que ha sido el primero en registrar su título supera al otro. Pero la ley sólo prevée el conflicto de dos adquirentes que invocan cada uno su título; y nada más que su título, y ella supone que el autor común es propietario, que esto lo reconocen las partes interesadas; mientras que estamos suponiendo que el derecho del autor común es combatido y que el debate se agita entre el primer adquirente y el poseedor. Podría el legislador

1 Pothier, *Del dominio de la propiedad*, núm. 326.

2 Dalloz, *Colección periódica*, Disertación, 1866, 1, p. 5. L. 9, pfo. 4, D., *de publiciana in rem actione* (VI, 2).

resolver en este caso, como lo hacían los jurisconsultos romanos, fundándose en la equidad y en las probabilidades, ¿pero el intérprete puede hacerlo? Nosotros no lo creemos.

Supongamos ahora que el título del reivindicante y el del demandado emanen de autores diferentes. En este caso se decide que el demandado debe predominar en razón de su posesión, por aplicación del adagio de que, siendo iguales todas las cosas, la preferencia pertenece al poseedor: «in pari causa melior est conditio possidentis» (1). ¿Y es cierto que sea esta una ventaja inherente á la posesión? Preguntaremos en dónde está el texto que concede tal derecho al poseedor; ¿y puede haber un derecho que se derive de la posesión, sin texto? La posesión no es más que un hecho; un hecho, por sí mismo, nunca da un derecho; la ley puede ligarle un derecho, pero es preciso que haya una ley. En la opinión que estamos sosteniendo, se viene á parar al mismo resultado aplicando el principio elemental que rige la prueba: el demandado nada tiene que probar, gana la causa por el hecho sólo de que el actor no establece el fundamento de la demanda. Esto es el derecho común; es inútil recurrir á un derecho conferido por la posesión, derecho que la ley ignora.

172. El actor no alega ni título ni prescripción. Esta, á primera vista, es la hipótesis más sencilla. Reivindicar, es sostener que uno es propietario; pero no basta que uno pretenda tener la propiedad, se necesita probarlo; y si no se prueba, por esto mismo debe uno sucumbir. ¿Qué es lo que se opone? La teoría de un *derecho mejor*. Así, pues, se distingue si el demandado tiene la posesión civil, es decir, una posesión á título de propiedad. En este caso, triunfa

1 Pothier, *Del dominio de propiedad*, núm. 327; Aubry y Rau, tomo 2º, p. 392, nota 9.

sobre el reivindicante, por graves que sean las presunciones que éste invoque. Como tales presunciones son simples probabilidades de hecho, la decisión es evidente; como las probabilidades no son suficientes para establecer el derecho de propiedad, resulta que el actor no prueba el fundamento de su demanda, luego debe perder su causa (1). Si el demandado no tiene una posesión exclusiva y bien caracterizada, se dice que incumbe al juez balancear las presunciones invocadas por ambas partes, y en consecuencia, acoger la reivindicación ó rechazarla (2). Inútil es pedir los motivos jurídicos de esta decisión; como respuesta, se citan algunas sentencias. Luego se trata de esas *exigencias prácticas* que provocan la decisión de los jueces según las circunstancias de la causa, decisiones fundadas en la equidad, no lo dudamos; pero antes de consultar la equidad, hay que ver si los principios de derecho permiten que á ella se recurra. Esto es lo que vamos á examinar estudiando la jurisprudencia.

Una sentencia comprueba de hecho que el actor no probaba su propiedad ni por título ni por prescripción; el demandado, por su parte, no tenía una posesión verdadera, suficiente para conducir á la prescripción. En esta posición, dice la corte de casación, la corte de apelación ha debido necesariamente investigar en los hechos y circunstancias del proceso, indicios de propiedad y elementos de decisión que le era imposible encontrar en otra parte. La sentencia contra la cual tenía él un recurso se funda en que la posesión del actor en reivindicación estaba mejor caracterizada que la del demandado, siendo ésta incierta, equívoca y

1 Aubry y Rau, tomo 2º, p. 392, notas 11 y 12.

2 Sentencias de casación, de 10 de Enero de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 74); Lieja, 11 de Diciembre de 1852 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 315); 18 de Febrero de 1858 (*Pasicrisia*, 1858, 2, 121), y 12 de Enero de 1860 (*Pasicrisia*, 1861, 2, 78).

clandestina; la sentencia invoca aún las enunciaciones del catastro, el pago del impuesto, las declaraciones de los testigos, la topografía de los lugares y el plano del perito. ¿Qué es lo que dice la corte de casación? «Que la corte de Nîmes no ha hecho más que apreciar ciertas presunciones abandonadas por el legislador á las luces y á la prudencia del magistrado» (1).

Nosotros no conocemos más que un sólo texto que permita al juez decidirse por presunciones abandonadas á la apreciación, y es el art. 1353; pero el código limita formalmente esta disposición al caso en que la prueba testimonial es admisible, es decir, al caso en que el valor pecuniario del litigio no exceda de cincuenta francos. Ni la sentencia de la corte de apelación, ni la de la corte de casación comprueban que en el asunto, hubiese sido así; los considerados están concebidos en estos términos más generales, así como la regla que los autores han deducido de la jurisprudencia. Formulada de tal manera, la doctrina se halla en oposición con el texto mismo en que descansa. Quedan las exigencias prácticas, es decir, la equidad. Esto vuelve á traernos á la publiciana, que ya no existe en derecho moderno, y que, por lo demás, los tribunales para nada invocan.

### *Núm. 5. Efectos de la reivindicación.*

173. La reivindicación tiene por objeto la restitución de la cosa reivindicada: tal es el objeto principal de la acción, y tal es también su efecto. Se ha presentado una singular dificultad en la aplicación de este principio. Ya los juriconsultos romanos previeron el caso en que el demandado fuese poseedor ficticio; ellos suponían que éste no tenía real.

1 Sentencias de denegada apelación, de 16 de Abril de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 251), y de 11 de Noviembre de 1861 (Dalloz, 1862, 1, 94).

mente la posesión, pero que se defendía como si poseyese, y decidían que tal poseedor ficticio podía ser condenado, no á restituir lo que no poseía, pero sí daños y perjuicios (1). Hé aquí el caso juzgado por la corte de casación. Una persona se vuelve adjudicataria de diferentes propiedades. El vendedor reivindica contra ella un terreno que él dice ha quedado fuera de la adjudicación, y que el adquirente había hecho mal en ocupar. Este sostiene que el terreno litigioso está comprendido en su adjudicación, y además, deniega la propiedad del actor: es condenado á abandonar la parte reivindicada. El fallo pasa como fuerza de cosa juzgada. Cuando se trata de ejecutarlo, la parte condenada pretende que por error se había creído propietaria, que había abandonado el terreno á un vecino que, á decir verdad, había tenido siempre la propiedad y aun la posesión. Estas pretensiones fueron acogidas por la corte de París; pero á recurso de casación, la sentencia fué casada por motivos perentorios. El fallo que condenaba al demandado á restituir el terreno litigioso había adquirido autoridad de cosa juzgada; luego debía recibir su ejecución. En vano el demandado decía que él no era propietario; si se hallaba en la imposibilidad de restituir, debía pagar daños y perjuicios (2).

174. ¿Qué debe resolverse si el poseedor injusto ha vendido la cosa, y si el comprador ha adquirido la propiedad por la prescripción? Es cierto que el antiguo propietario no puede reivindicar contra el que ha venido á ser propietario por la prescripción. El tampoco tiene la acción de reivindicación contra el autor de éste, porque ha cesado de poseer.

1 L. 25 D., de *hereditatis petitione* (V, 3) L. 5, 6 y 7; D., de *reivindicazione* (VI, 1); Merlin, *Repertorio*, en la palabra *reivindicación*, número 4, y en la palabra *registro*, pfo. 3.

2 Sentencia de casación, de 14 de Febrero de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 108).

¿Pero ninguna acción tiene contra él? Hay que distinguir: si, suponiendo que el poseedor injusto no hubiese vendido, hubiese prescrito la propiedad de la cosa litigiosa, estará al abrigo de toda acción. Pero si no ha transcurrido el tiempo que se requiere para la prescripción, queda obligado á indemnizar al propietario del perjuicio que ha causado al vendedor una cosa que no le pertenecía. La jurisprudencia se halla en este sentido, y ninguna duda hay acerca de esto bajo el punto de los principios (1).

175. El demandado puede todavía estar en la imposibilidad de restituir la cosa, si ésta ha perecido en todo ó en parte. ¿Estará obligado á daños y perjuicios? Los juriscónsultos romanos distinguían entre el poseedor de buena fe y el poseedor de mala fe. El primero jamás está obligado por el caso fortuito, porque en principio nadie está obligado por caso fortuito; no pasa lo mismo con el poseedor de mala fe, que es responsable del caso fortuito cuando está en moratoria; y lo está por el demandado (2). Se podría creer que el poseedor de buena fe está también puesto en moratoria por la demanda; pero esta sola no la constituye en moratoria; á pesar de la acción intentada contra él, puede conservar su buena fe; ahora bien, no hay falta alguna en defenderse de buena fé (3). En derecho romano, se admitía que el poseedor violento, estaba en moratoria de pleno derecho, lo mismo que el ladrón (4). No sucede lo mismo en derecho francés: la moratoria de pleno derecho no puede existir sino en virtud de la ley; ahora bien, el código no la esta-

1 Bruselas, 9 de Mayo de 1829 (*Pasicrisia*, 1829, p. 170); sentencia de denegada apelación, de la corte de casación de Bélgica, de 23 de Enero de 1841 (*Pasicrisia*, 1841, 1, 124); Lieja, 11 de Enero de 1851 (*Pasicrisia*, 1851, 2, 351).

2 L. 15, pfo. 3, D., VI, 1 (*de rei vindicatione*).

3 L. 40, pr., D., V, 3 (*"de hereditatis petitione"*).

4 L. 8, pfo. 1, D., XIII, 1 (*de conduct. frut.*). L. 19, D., XLIII, 16 (*de vi*).

blece sino contra el ladrón; en cuanto al poseedor violento, no hay texto, lo que decide la cuestión.

Si la cosa ha perecido por culpa del demandado, se necesita aún distinguir entre el poseedor de buena fe y el poseedor de mala fe. No es necesario decir que éste es responsable siempre de su falta. Pero antes de la demanda no puede decirse que el poseedor de buena fe, esté inculpaado; él cree que la cosa le pertenece; y no hay falta que reprochar al propietario que deja perecer la cosa (1). No obstante, después de la demanda, el poseedor, aun cuando fuese de buena fe, está obligado por su falta. Esto no se halla en contradicción con lo que acabamos de decir del caso fortuito. Sólo aquél que está en moratoria es el que puede ser obligado por el caso fortuito; mientras que para estar obligado por su falta, basta que el poseedor esté obligado á conservar la cosa con la solicitud de un buen padre de familia. Ahora bien, desde el momento en que una acción de reivindicación se intenta contra él, debe esperar á pesar de su buena fe, á deber restituir, porque todo litigante puede perder su pleito. Luego él debe conservar, y por consiguiente, es responsable de su negligencia (2).

\* 176. La obligación de restituir la cosa reivindicada comprende también los accesorios. En cuanto á los frutos, de ellos trataremos en el capítulo de la *Accesión*, siguiendo el orden del código civil; allí también es el lugar en donde se ocupa de las construcciones y plantaciones hechas por el poseedor. Quedan las mejoras ó beneficios. Por esto se entienden los trabajos ejecutados por el poseedor de la heredad para conservar mejorar, ó embellecer el inmueble sin que haya nuevas construcciones, estando éstas régidas por

1 L. 25, pfo. 11, D., V, 3 (*de hereditatis petitione*).

2 Aubry y Rau, tomo 2º, ps. 393 y 394; Pothier, *De la propiedad*, núms. 332 y siguientes; *De la posesión*, núm. 336. Merlin, *Repertoire* en la palabra *frutos*, número 4.

una disposición especial del código. De aquí la distinción de las mejoras en necesarias, útiles ó suntuarias.

Las mejoras necesarias son las que conservan la cosa en todo ó en parte; son necesarias en el sentido de que si no se ejecutasen perecería la cosa (1). Síguese de aquí que el propietario había debido ejecutarlas, á menos que dejase perecer su cosa. Luego el poseedor que las hace, enriquece al propietario con el importe del gasto; de aquí la obligación del propietario reivindicante de restituirla al demandado, porque la equidad exige que nadie se enriquezca á expensas ajenas. Esto es de derecho natural, dicen las leyes romanas (2). ¿Qué debe resolverse si la cosa perece por caso fortuito, después de haber sido hechas los beneficios? Hay un motivo para dudar, y es que el propietario no se enriquece en este caso (3). Pero el motivo para decidir es que el caso fortuito lastima al propietario; ahora bien, si ninguna acción se diese al poseedor por gastos que han desaparecido por un caso fortuito; él sería el que soportara las consecuencias del caso fortuito, de las cuales no es responsable, sin embargo, lo que sería contrario á todo principio. Síguese de aquí, que cuando las mejoras necesarias se ejecutan por un poseedor de mala fe, tiene derecho á demandar al propietario reivindicante, si aquellas subsisten existiendo á su favor los motivos de equidad tanto como á favor del poseedor de buena fe; pero si el beneficio ha desaparecido por un caso fortuito, ya deja de haber derecho; porque es responsable de su mala fe; él habría debido restituir la cosa, es culpable, á menos que pruebe que la cosa

1 Tal es la definición de la ley romana (L. 79, D., *de verb signif.* L. 161.

2 L. 206, D., "*de regulis juris*" (L. 17): "*Jure naturæ requeam est, neminem cum alterius detrimento locupletiore fieri.*"

3 Demolombe, tomo 9<sup>o</sup>, p. 640, núm. 637.

habría igualmente perecido en manos del propietario (1).

Existe una excepción á estos principios para los gastos de simple conservación. Estos están á cargo del que gana los frutos, porque no se entiende por fruto más que lo que queda, deducidos los gastos, y por otra parte, los gastos de conservación extraños á los frutos se pagan sobre éstos. Hay, además, otro motivo perentorio para resolverlo así. Si el propietario reivindicante debe restituir los beneficios necesarios, es porque con ellos se enriquece; y ciertamente que no se enriquece con los gastos de conservación, porque él no los aprovecha sino el poseedor. Esto supone que el poseedor es de buena fe, porque él solo gana los frutos; el poseedor de mala fe debe restituirlos; desde el momento en que la equidad que domina en esta materia exige que le sean restituidos los gastos de conservación, es porque los ha disfrutado en realidad, á pesar de esto, puede decirse que el propietario se enriquece con ellos. El se enriquece en el sentido de que gana los frutos; ahora bien, una porción de dichos frutos habría sido empleada por él en hacer los gastos de conservación, gastos que, en definitiva, aprovechan también al propietario, supuesto que mantienen su cosa en buen estado y previenen así su ruina (2).

177. Los beneficios útiles son los que, aunque no ejecutados para la conservación de la cosa, tienen por objeto y por efecto mejorarla. Como el propietario reivindicante jamás puede enriquecerse á expensas del poseedor, la equidad exige que restituya dichos gastos al demandado. ¿Pero qué momento debe considerarse para valuar el importe del aumento de valor? Se decide que aquél en que se hace la restitución, porque únicamente entonces es cuando el pro-

1 L. 38, D., "de hereditatis petitione" (V, 3); Aubry y Rau, tomo 2º, p. 296 y nota 33.

2 Pothier, *De la propiedad*, núm. 344. Sentencia de París, de 11 de Julio de 1861 (Dalloz, 1865, 2, 143).

pietario se **aprovecha** del aumento de valor; luego realmente no se enriquece sino del aumento que existe cuando vuelve á entrar al goce de su cosa. En vano objetaría el poseedor que perdería si habiendo procurado un aumento de diez mil francos, no se le restituye más que una suma de ocho mil, cuando el aumento se reduce á esta cifra. Se le contesta que él ha practicado dichos trabajos por su cuenta, que tal vez el propietario no habría podido ejecutarlos, que por tanto, sería injusto cargarle el beneficio, más allá de la utilidad real que de él obtiene. Puede ser ya una carga muy pesada pagar el monto del aumento existente; por esto los jurisconsultos romanos admitían una excepción para el caso en que el propietario no tuviese los medios de reembolsar el beneficio hecho por el poseedor. No entramos en el examen de estas distinciones, porque la materia es, por decirlo así, de pura teoría (1).

¿El poseedor de mala fe tiene también el derecho de reclamar los beneficios útiles hasta la concurrencia del aumento de valor que han producido? En derecho romano se rehusaba una acción al poseedor de mala fe, salvo en el caso de petición de herencia. Cujas sostuvo, haciendo violencia á los textos, que los jurisconsultos sólo querían hablar del rigor del derecho; pero que la máxima de equidad que obliga al propietario reivindicante á indemnizar al poseedor por los beneficios que aquél aprovecha, podría también invocarla el poseedor de mala fe: y ¿permite la equidad enriquecerse á expensas de quien quiera que sea? A esto se contesta que el propietario puede invocar también la equidad: ¿puede ella permitir que un poseedor de mala fe constituya al propietario un gasto muy á su pesar? Aquí tenemos á la equidad en conflicto con la equidad. Pothier dice que

1 Véase Pothier, *De la propiedad*, números 346-349.

en la práctica se dejaba que el juez resolviera, según las circunstancias, si el propietario debe ó nó restituir los beneficios útiles. ¿Cuáles eran estas circunstancias? El grado de mala fe; si ésta fuese inexcusable, ninguna indulgencia se tenía hacia el poseedor, mientras que si había alguna excusa, se le tenían en cuenta las mejoras que él había practicado en la heredad (1). ¿Qué debe decidirse bajo el imperio del código civil? El código ha admitido los principios del derecho romano para las construcciones nuevas que hiere un poseedor de mala fe, en el sentido de que el propietario puede exigir su demolición (art. 555). Para los simples beneficios, no existe texto alguno. Dificil es aplicar por analogía la disposición del art. 555, puesto que éste supone que el poseedor puede demoler y quitar los materiales que aprovecha, mientras que no se quitan los beneficios que se confunden con la heredad mejorada. Queda la equidad que el juez, en el silencio de la ley, puede consultar, sobre todo en una materia que se funda en una máxima de equidad. Así, pues, el juez apreciará las consideraciones de equidad que hagan valer las dos partes: la equidad quiere que el poseedor sea indemnizado si ha procurado un acrecentamiento en el valor del fundo; la equidad quiere también que el propietario no se vea cargado con un gasto excesivo. El juez apreciará.

178. Los beneficios suntuarios son trabajos de gusto que no aumentan el valor del fundo. Siguese de aquí que el propietario no se enriquece con ellos, y por consiguiente, no puede obligársele á ninguna indemnización. Se pregunta si el poseedor puede quitar las cosas susceptibles de quitarse, y restablecer los lugares á su estado antiguo destruyendo los

1 Pothier, *De la propiedad*, núm. 350. Compárese, Aubry y Rau, tomo 2º, p. 396 y nota 36; sentencia de denegada apelación, de 22 de Agosto de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 358), y Grenoble. 10 de Julio de 1860 (Dalloz, 1860, 2, 41).

trabajos de embellecimiento. Es difícil rehusarle la facultad de quitar lo que puede ser desprendido del fundo sin que le resulte un deterioro; y en principio, el propietario no tiene el derecho de quejarse si se le devuelve su heredad no embellecida. Sin embargo, en una cuestión análoga, los jurisconsultos romanos ponían una restricción á esta decisión. No debe favorecerse la malevolencia de los hombres, dicen ellos; luego si el poseedor obrase sin ninguna utilidad para él, sin más objeto que perjudicar al propietario privándolo de un placer, no habría que tolerar esta malicia, porque jamás se tiene el derecho de atañar por el placer de dañar. Puesto que los jueces pueden y deben decidir estas cuestiones por motivos de equidad, harán bien en seguir las decisiones de las leyes romanas.

179. Si el poseedor es un adquirente á título oneroso que ha pagado el precio de su adquisición ¿tiene una acción por este capítulo contra el reivindicante? La negativa es evidente. No existe ningún vínculo de derecho entre el poseedor y el propietario; si éste está obligado á ciertas prestaciones, es únicamente en virtud de la máxima de equidad que prohíbe enriquecerse á expensas de otro. Ahora bien, el poseedor no enriquece al propietario pagando el precio en manos de su vendedor. Pothier dice que el poseedor tiene una acción por el capítulo de las sumas que hubiese pagado á acreedores con hipoteca sobre la heredad que aquél retiene. Bajo el punto de vista de los principios de derecho, la decisión es demasiado absoluta. Si como tercer detentador es como el poseedor ha pagado, queda subrogado en los derechos de los acreedores contra el deudor, y por consiguiente contra el propietario si es deudor personal (art. 1251, núm. 3). Si el propietario no es deudor, el poseedor no puede tener recurso contra él, en virtud de los principios que rigen el pago y la subrogación. ¿Tiene él una acción en

virtud de la equidad? Puede decirse que al pagar á los acreedores inscritos, ha libertado al inmueble de un derecho real, que por consiguiente ha prestado servicio al propietario, que se habría visto obligado á pagar á los acreedores hipotecarios si el poseedor no lo hubiese hecho. Esta es la consideración que Pothier hace valer. Pero el propietario no puede responder sino cuando el poseedor ha pagado sin ser perseguido, él ha hecho mal, porque los acreedores quizás se habrían dirigido al deudor principal; que habiendo pagado por el deudor, el poseedor debía hacerse reembolsar por éste. Hé aquí de nuevo la equidad en conflicto con la equidad. Los tribunales resolverán según las circunstancias; ellos gozan en esta materia de un poder discrecional (1).

Hay excepción á estos principios en los casos en que el propietario de una cosa mobiliaria robada ó perdida la reivindica contra el que la ha comprado en una feria ó en un mercado, ó en una venta pública, ó á un mercader que vende cosas similares; en estos diversos casos, el propietario originario no puede hacérsela devolver, dice el art. 2280, sino reembolsando al poseedor el precio que le ha costado. Esta disposición es una excepción que no puede extenderse á la reivindicación de los inmuebles, porque la reivindicación de los objetos mobiliarios está regida por principios especiales fundados en el interés del comercio; estos principios son, por eso mismo, extraños á los inmuebles.

180. El poseedor consiente arrendamientos antes de la reivindicación. Se pregunta si el propietario debe respetarlos. Se ha fallado, y con razón, que el poseedor no tiene ningún derecho para dar los bienes en arrendamiento (2). No es que se necesite ser propietario para consentir arrendamientos, pero al menos se necesita tener un derecho

1 Pothier, *De la propiedad*, núm. 313, y la nota de Buguet.

2 Bruselas, 14 de Marzo de 1833 (*Pasicrisia*, 1833, 2 190).

cualquiera sobre la cosa; el que carece de todo derecho no puede ciertamente dar la cosa en arrendamiento. Ahora bien, cuando se admite la reivindicación, por eso mismo está probado que el poseedor jamás ha tenido derecho sobre la cosa. El ha poseído, es cierto, pero la posesión no es más que un hecho, y un hecho no da más derechos que los que la ley le atribuye. Luego se necesitaría un texto para conceder al poseedor el derecho de consentir arrendamientos que obliguen al propietario. El silencio de la ley decide la cuestión.

181. Queda una última dificultad sobre esta materia demasiado descuidada por los autores del código civil. El poseedor ha hecho mejoras ó construcciones; tiene derecho á una indemnización por este capítulo contra el propietario: ¿goza del derecho de retención como garantía de su recurso? En derecho romano, se decidía que el propietario no podía, en este caso, obligar al poseedor á que le abandonase la cosa, si previamente no había reembolsado las sumas que le debía (1). Las ordenanzas de los reyes de Francia consagraban formalmente ese derecho de retención. Había un riesgo para el propietario, y era que el poseedor difiriese con intención la liquidación de la indemnización para prolongar su posesión; la ordenanza de 1667 (art. 9) permite que el juez imponga un plazo, el cual transcurrido, el propietario podía ser puesto en posesión de su heredad, dando caución de pagar las indemnizaciones (2). ¿Este derecho de retención existe todavía bajo el imperio del código?

La cuestión es debatida y dudosa. Así es que las opiniones están divididas. Hay autores que no admiten el derecho de retención fuera de los casos expresamente previstos por la ley, y que por consiguiente, lo rehusan al poseedor.

1 L. 33, D., *de rei vindic* (VI 1).

2 Pothier, *De la propiedad*, número 343, y la nota de Bugnet.

Otros lo conceden al poseedor sin distinguir entre el poseedor de buena fe y el de mala. Hay algunos que hacen esta distinción. En seguida vienen las opiniones intermedias que nosotros encontraremos al discutir la cuestión. La misma dificultad se presenta en otros casos. Nuestros mejores autores tratan la materia en el título de las *Hipotecas*, y nosotros haremos lo mismo. Por el momento, nos limitamos á establecer el principio general y á aplicarlo al poseedor.

A nuestro juicio, el derecho de retención no existe sino en los casos expresamente previstos por la ley. Este principio dimana de la naturaleza misma del derecho de retención. Esta es una garantía para el poseedor; ¿contra quién puede invocarla? Acerca de este punto hay nuevas controversias; hacemos á un lado la opinión extrema que hace de la retención un derecho real y la liga al derecho de persecución. Basta con atenerse á las consecuencias que la doctrina y la jurisprudencia derivan generalmente del derecho de retención para convencerse de que es una especie de privilegio, en el sentido de que el poseedor puede oponer la garantía que de él resulta para los terceros, por lo menos en cierta medida. Así es que se enseña que el poseedor puede prevalecerse de su derecho de retención contra el adquirente y contra los acreedores hipotecarios posteriores. agrégase que los demás acreedores podrán en verdad apoderarse del inmueble y mandarlo vender; pero como el derecho de retención subsiste, se verán obligados á consentir en el pago del crédito del poseedor por vía de pago provisional sobre el precio de adjudicación (1). Luego el derecho de retención, á pesar de que no es un privilegio, tiene efectos más considerables que el privilegio, supuesto que

1 Esta es la opinión de Aubry y Rau, (tomo 2º, p. 119); volvemos á tratar esto en el título de las *Hipotecas*.

predomina hasta sobre los acreedores privilegiados. Esto decide la cuestión. No hay privilegio, por restringido que se le suponga, sin ley, porque ésta sólo tiene el poder de otorgar á ciertos acreedores una preferencia sobre otros. Por la misma razón, no se pueden invocar los artículos del código que conceden el derecho de retención (arts. 867, 1612, 1613, 1673, 1748, y 1949); porque es de principio que las causas de preferencia establecidas por la ley son de estricta interpretación; ni siquiera se puede extenderlas por vía de analogía, porque eso sería crear privilegios, y el legislador es el único que tiene ese derecho. Nosotros veremos que en los diversos casos en que el código establece el derecho de retención, razones enteramente especiales, á veces enteramente personales al acreedor, legitiman esta preferencia. Al legislador corresponde ver si hay motivos suficientes que la justifiquen. No pretendemos que el poseedor, sobre todo, el de buena fe, no mereciese este favor, pero no habiéndoselo otorgado el legislador cuando á la vista tenía las antiguas ordenanzas que lo consagraban, hay que inferir que se le ha rehusado.

La jurisprudencia admite el derecho de retención para el poseedor de buena fe, y no la concede para el de mala fe. Esta distinción puede ser equitativa ¿pero la equidad es suficiente para dar ó rehusar una garantía á un solo y un mismo crédito, que tiene también su fundamento en la equidad, aun cuando el poseedor sea de mala fe? Nada tan débil como los motivos que se toman de las sentencias. Se lee, y no sin asombro, en una sentencia de la corte de casación de Francia «que la ley concede el derecho de retener hasta el cabal reembolso de las mejoras, al tercer poseedor despojado jurídicamente, cuya buena fe se presume únicamente hasta prueba en contrario» (1). Si se preguntara á la

1 Sentencia de denegada apelación, de 25 de Mayo de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 279).

corte en dónde está la *ley* que concede ese derecho al poseedor de buena fe y que la rehusa al de mala fe ¿qué contestaría? La corte de Montpellier se conforma con decir que el derecho de retención está en armonía con el espíritu de la legislación civil, y cita los artículos que la aceptan, agregando en seguida que esto es de la doctrina y de jurisprudencia (1). ¿Acaso el espíritu de la ley puede crear un privilegio? ¿acaso los autores y los tribunales tienen derecho á establecer privilegios, es decir, á hacer la ley? La corte de Rouen apela á la equidad, la cual nos dicta que nadie puede enriquecerse á expensas de otro (2); sin embargo, ella limita el derecho de retención al poseedor de buena fe, por más que el derecho de todo poseedor, aun cuando fuese de mala fe, se funda precisamente en ese principio de equidad: ¿no es ésta una prueba bien evidente de que el legislador solo, que da un derecho igual al poseedor de mala fe y al de buena fe, habría podido conceder á éste una garantía y rehusársela al otro? La corte de Bastia contesta que, fuera de los casos en que la ley concede expresamente ese derecho, la condición esencial de su ejercicio consiste en la buena fe del poseedor. Y ¿cuál es la razón? Que el poseedor de mala fe debe restituir los frutos y que no debe prescribir (3). Y ¿qué tienen de común los frutos y la prescripción con el derecho de retención? La corte de Grenoble decide que este derecho no pertenece más que al detentador que tiene un justo título: esto equivale á decidir la cuestión por la cuestión. Ella llama á ese derecho un *privilegio*: y ¿acaso un privilegio se crea por vía de razonamiento (4)?

Los autores han puesto en esto mayor rigor, pero su doc-

1 Montpellier, 25 de Noviembre de 1852 (Dalloz, 1852, 2, 52).

2 Rouen, 18 de Diciembre de 1856 (Dalloz, 1857, 2, 100).

3 Bastia, 9 de Julio de 1856 (Dalloz, 1856, 2, 262).

4 Grenoble, 10 de Julio de 1860 (Dalloz, 1862, 2, 41). Compárense las sentencias más antiguas citadas en Dalloz, en la palabra *propiedad*, núm. 435.

trina es igualmente arbitraria. Demolombe exige dos condiciones para que haya lugar al derecho de retención: en primer lugar, la reciprocidad de dos obligaciones relativas á una misma cosa, y en seguida un origen común y una misma causa de donde igualmente deriven esas dos obligaciones. El reconoce que esta última condición falta al poseedor; no obstante le concede el derecho de retención, aun cuando sea de mala fe; y concluye por referirse al poder discrecional del juez. Nosotros preguntaremos ¿si un derecho que depende del poder discrecional del juez es un derecho? Y ¿por qué el juez tiene ese poder exorbitante que es enteramente contrario al espíritu de nuestra legislación civil? Porque dicen, «este poder pertenece, en general, á los magistrados, en todo lo que concierne al reglamento de las medidas provisionales y conservatorias.»

Aubry y Rau tienen otro principio: ellos exigen que la detención del poseedor se relacione con una convención, ó á lo sumo con un cuasi-contrato, y que la deuda conexa á la cosa retenida, haya tomado origen con motivo de dicha convención ó de dicho cuasi contrato. Nada mejor que esto. Pero ¿cuál es el fundamento de dicho principio? ¿no se necesita un texto para restringir así el derecho de retención? Porque, en virtud de su principio, esos excelentes jurisconsultos deciden como si su principio fuese una ley; ellos conceden ó rehusan el derecho de retención, y cuando lo conceden les acontece darlo por los beneficios necesarios y rehusarlo por los útiles. ¿No es esto lo arbitrario pleno? Nosotros les pedimos un texto, y ellos citan el art. 1134, que dice que las convenciones deben ejecutarse de buena fe. Los autores del código civil se habrían asombrado mucho si se les hubiese hecho saber que al formular un principio de equidad, fundaban un privilegio. Nosotros comprendemos

el privilegio, pero pedimos que esté normado por la ley. Aubry y Rau se constituyen en legisladores. Ellos deciden, por aplicación de su principio, que el poseedor no tiene derecho de retención; en seguida imaginan un medio que permite al juez concederle indirectamente lo que el principio no permite que se le dé directamente: si el propietario, dicen ellos, no presenta garantías suficientes de solvencia, el juez puede subordinar la ejecución de la sentencia de abandono al pago de las sumas que fuesen debidas al poseedor (1). Las dos opiniones que acabamos de exponer vienen á ser lo mismo que refutar la de Demolombe: el poseedor tiene el derecho de retención, pero el juez puede quitárselo; la de Aubry y Rau: el poseedor no tiene el derecho de retención, pero el juez puede dárselo. ¡Siempre el poder discrecional del juez! Nosotros no admitimos ese poder sino cuando la ley lo consagra.

---

1 Aubry y Rau, tomo 3º, p. 45, nota 5, p. 118, nota 18.