

## CAPITULO X.

### FORMAS DE LA PROPIEDAD.

---

§ 1.—*Segun el sujeto.*—Division de las cosas ó de la propiedad en este respecto; comunes, públicas, de universidad, particulares.—Critica de esta division.

Examinado lo referente á los tres elementos del derecho de propiedad, veamos cuáles son las formas de ésta que reconocen las legislaciones modernas en relacion con cada uno de aquellos.

La division de las cosas que segun el sujeto hacia el derecho romano, en comunes, públicas, de universidad, *nullius* y singulares (1), y que pasó á las Partidas (2), es más ó ménos explícitamente aceptada por los Códigos modernos. Poca luz puede dar en este respecto el de Napoleon, pues no debiendo regir sus disposiciones otros bienes que los de particulares, se limita á determinar los que constituyen el *dominio público* y á definir los *comunales* (3). El Código de Italia declara que «los bienes pertenecen al Estado, ó á las provincias ó municipios, ó á los establecimientos públicos ú otras personas mora-

---

(1) *Quaedam enim naturali jure communia sunt omnium, quaedam publicae, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique acquiruntur.* Dig. lib 1º, tit. 8º, l. 2. Marciano.

(2) La l. 2ª, tit. 28, P. 2ª, distingue cinco especies: comunes, propias de los hombres, de universidad, de propiedad particular y *nullius*.

(3) Arts. 537-542.—Es muy de notar que en la primitiva redaccion del art. 537 se decia: «los bienes nacionales y de los municipios, etc.» y se sustituyó, á propuesta de Treilhard, con la frase: «los bienes que no pertenecen á particulares, etc.» y precisamente se empleó ese procedimiento negativo para no hacer la enumeracion de los bienes que se hallaban en este caso.

les, ó á los particulares (art. 425).» El de Portugal dice que «las cosas, con relacion á las personas á quienes pertenecen en propiedad, ó de que ellas se pueden libremente aprovechar (1), se dividen en comunes, públicas y particulares (artículo 379).»

Segun el de Austria, «las cosas son bienes públicos ó bienes privados; estos últimos pertenecen, ya á individuos, ya á personas morales, que pueden ser sociedades restringidas ó comunidades enteras.» El de Zurich admite implícitamente la division de aquellas en comunes, públicas y de propiedad privada (artículos 485 y 487). Conforme á la legislacion rusa hay estas clases: 1<sup>a</sup>, bienes sin dueño y bienes del Estado; 2<sup>a</sup>, bienes de la Corona; 3<sup>a</sup>, bienes de establecimientos públicos, corporaciones, comunes, etc.; 4<sup>a</sup>, bienes de particulares, ya sean individuos, ya personas colectivas (2).

Pero importa conocer las cosas que las respectivas legislaciones incluyen en cada uno de estos grupos, tanto más cuanto que á veces dan distinto sentido á las denominaciones con que se distinguen.

Así unos entienden por cosas *comunes* las que por su naturaleza no son susceptibles de propiedad particular, como el aire, el agua (3), etc., mientras que otros incluyen en este gru-

(1) Esta frase indica que no se consideran algunas de esas cosas susceptibles de propiedad.

(2) Lehr, *ob. cit.* § 167.

(3) Bluntschli observa (*Deutsches Privatrecht*, p. 139, § 53), que el *agua* está colocada entre la *tierra*, que el hombre puede ocupar de una manera permanente y sobre la cual le es dado ejercer un derecho de propiedad, y el *aire*, que escapa á toda apropiacion individual. Las aguas cubren cierta porcion del suelo y no son tan elásticas y fugitivas como el aire; así el dominio del hombre puede hacerse sentir sobre ellas mejor que sobre este. Pero, de otro lado, corren, pasan y permanecen sólo momentáneamente en poder del individuo; y por esto pueden servir simultánea ó sucesivamente á muchos, y no pueden, como un pedazo de terreno, ser acaparadas por uno solo; á medida que son más, consienten ménos una propiedad privada. Así es que los mares son de tal modo del dominio común de la humanidad, que ningun Estado puede reivindicar su uso exclusivo. Los lagos, los grandes rios forman parte del dominio público del pais en que están situados. En cuanto á los arroyos, fuentes, canales, etc., se hallan en propiedades particulares ó son obra del hombre, y por consiguiente son susceptibles de ser considerados y enajenados como una propiedad privada. Pero, aún bajo esa forma, conserva siempre el agua este carácter especial: que ha de servir, corriendo, para satisfacer las necesidades de muchos; y por consecuencia, los derechos de uso ó de propiedad, si se quiere llamarlos así, que se adquieren sobre el agua, son de distinta na-

po las que, pudiendo ser apropiadas, no lo han sido todavía, como las aves y los peces ántes de que el pescador y el cazador los hagan suyos, y áun los objetos sin dueño; y algunos dan este nombre de comunes á las que otros denominan públicas ó sólo á parte de ellas (1).

El Código Napoleon declara que pertenecen al *dominio público* los caminos y calles que corren á cargo del Estado, los rios navegables y flotables, las playas, *lais* y *relais* del mar (2), los puertos, abras, radas y en general todas las porciones del territorio francés que no son susceptibles de una propiedad privada; además los bienes vacantes y sin dueño y los de las personas que mueren sin herederos ó cuya sucesion nadie reclama; y por último, las puertas, murallas, fosos, etc., de las plazas de guerra, y áun las fortificaciones y terrenos de las que han dejado de serlo, si no han sido enajenados ó adquiridos por alguien por prescripcion (arts. 538-541).

El de Italia divide los bienes del Estado en *dominio público* y *bienes patrimoniales*. Forman parte del primero los caminos nacionales, las riberas del mar, los puertos, golfos, playas, rios y torrentes (3), y las puertas, murallas, fosos y defensas

turala que los que se tienen sobre un pedazo de tierra: están limitados por el derecho igual y paralelo de otro.» (Véase Lehr, *droit germ.* § 34.) En el camino de la apropiacion pudo citar Bluntschli, como último grado, el derecho que uno tiene en el agua que ha encerrado en una vasija, el cual es exactamente igual al que puede tenerse en cualquiera objeto mueble.

En el derecho inglés, aunque parezca un solecismo, como dice un jurista de aquel país, el término *land*, tierra, comprende el *agua*, y no se puede reclamar en juicio esta por si sola, sino que la accion debe dirigirse á recobrar el fondo, esto es, tantos ó cuantos acres de *tierra cubierta de agua*.

(1) El Código austriaco dice: «las cosas que todo individuo puede apropiarse, se llaman cosas *libres*; aquellas de que sólo puede usarse, como caminos, rios, puertos, riberas, se llaman bienes *comunes* ó *públicas* (art. 287). El de Argovia (artículo 415) llama bienes *públicos comunes* á las cosas cuyo uso se permite á todos. En cambio el Código portugués viene á entender por cosas *comunes* los baldíos municipales ó parroquiales y las corrientes de agua no navegables ni flotables, lagos y lagunas situadas en territorio municipal, pozos hechos á costa de los pueblos, etcétera (art. 381).

(2) Espacio que deja en descubierto el mar definitivamente, no siendo ya por lo mismo playa.

(3) Nótese que el Código italiano no distingue entre rios navegables y flotables y los que no lo son, separándose del de Napoleon y siguiendo el sardo. Este principio regia de antiguo en el Piamonte y en la Lombardia y es una de las circunstancias á que se ha atribuido la prosperidad de la agricultura en estos países segun el Sr. Goyena.—*Proyecto de Código civil*, art. 483.

de las plazas de guerra y de las fortalezas. Todos los demás constituyen el *dominio privado* de aquel. Los terrenos de las plazas de guerra que dejan de serlo y todos los demás bienes que cesan de estar destinados al uso público ó á la defensa nacional pasan del dominio público al privado del Estado. Los de aquel son inalienables; los de éste pueden enajenarse conforme á las leyes. Los de las provincias y municipios se dividen en bienes afectos á un servicio público y bienes patrimoniales (artículos 425-432). Segun el de Portugal, son públicas las cosas naturales ó artificiales apropiadas ó producidas por el Estado ó por las corporaciones públicas y mantenidas bajo su administracion, de las cuales es lícito á todos usar individual ó colectivamente con las restricciones impuestas por las leyes ó reglamentos administrativos, y pertenecen á esta categoría: los caminos, puentes y viaductos construidos ó mantenidos con recursos públicos, municipales ó parroquiales; las aguas de las costas, ensenadas, bahías, etcétera, y sus lechos; y los lagos, lagunas, canales y corrientes de agua dulce, navegables ó flotables, con sus respectivos lechos ó álveos, y las fuentes públicas (art. 380). Segun el Código ruso, son bienes del Estado las tierras de la Corona habitadas ó inhabitadas, los terrenos incultos, las riberas del mar, los lagos, las corrientes de agua navegables y sus orillas, los puentes, caminos y los edificios públicos, las fábricas del Estado, etc. (1).

Es de notar que miéntras el Código Napoleon y algunos más no distinguen debidamente el dominio *público* y el dominio *privado* del Estado, cuidan de establecer la diferencia. Otros, como el de Italia, segun acabamos de ver. El de Austria (art. 287), despues de declarar que las cosas de que sólo puede usarse, como caminos, rios, puentes y riberas, se llaman *comunes* ó *públicas*, añade: «el patrimonio ó fortuna del

---

(1) La propiedad del Estado tiene en Rusia una extension inmensa y un valor colossal. Segun una estadística hecha en 1858, comprendia en cifras redondas 2.400.000 kilómetros cuadrados, ó sea, cerca de cinco veces la extension de España; una mitad en tierra arable y otra en bosques con una poblacion de unos veinte millones de habitantes. (Véase Lehr, *ob. cit.*, § 169, n. 2.)

Estado se compone de todo lo que tiene para atender á las necesidades del mismo, como el derecho de acuñar moneda, el correo, los bienes patrimoniales, las minas y las salinas, las contribuciones, derechos regalianos, etc.» El de Berna (art. 335), dice: «la fortuna pública se compone de las cosas destinadas á proveer á los gastos del Estado ó al uso exclusivo del Gobierno.» El de Portugal, á seguida de definir las cosas particulares, dice terminantemente: «el Estado, los municipios y las parroquias, considerados como personas morales, son capaces de tener propiedad particular (art. 382).» Además, es de advertir que aún cuando no se admita hoy, por lo general, el llamado *dominio eminente* del Estado en el sentido de que éste tenga un derecho primordial sobre todos los bienes comprendidos en el territorio, en él se funda el que se le atribuye sobre algunos, como el subsuelo, los baldíos, los abandonados y perdidos, etc. Por esto el Código Napoleon dice terminantemente (art. 713); «los bienes que no tienen dueño pertenecen al Estado» (1), principio que no han consagrado los Códigos italiano y portugués.

En cuanto á los bienes de *corporacion*, unos Códigos, como el de Napoleon, los pasan en silencio; otros, como el de Italia, declara (art. 433) que las personas morales pueden tenerlos en tanto la ley les reconoce el derecho de adquirir; unos, como el de Portugal (art. 382), los comprenden bajo la denominacion de bienes *particulares*, lo mismo que los de los individuos; y otros, como el ruso y el báltico, enumeran como tales los del clero, establecimientos de crédito, beneficencia, é instruccion, los de los municipios, los de asociaciones de aldeanos, etcétera.

Finalmente, por lo que hace á los bienes *particulares*, es de notar la tendencia de los Códigos novísimos á consignar que

---

(1) De donde se deduciría la consecuencia, que Zachariæ no ha rechazado, de que los peces y las aves ántes de ser del pescador ó del cazador son del Estado; y por esto sin duda Bluntschli escribió en el Código de Zurich (art. 487): «las cosas que no tienen dueño, como, por ejemplo, la caza del bosque, los peces del agua y las aves del aire, no son propiedad de nadie, ni aún del Estado, pero son susceptibles de propiedad privada.» No va tan allí como Zachariæ el Código Napoleon, pues, á seguida del art. 713, dice en el 714: «hay cosas que no pertenecen á nadie, y cuyo uso es comun á todos.»

lo son lo mismo los que pertenecen á los individuos que los de las personas sociales. Así el de Portugal dice en su art. 382: «son particulares las cosas cuya propiedad pertenece á las personas singulares ó colectivas, y que nadie puede utilizar como no sean esas personas ú otras con su consentimiento;» y segun vimos más arriba, añade: «el Estado, los municipios y parroquias, en su carácter de personas morales, son capaces de propiedad particular.» El Código báltico (art. 596), dice: «son bienes privados los que pertenecen á personas ó á asociaciones particulares, como compañías, etc.» (1).

En medio de las diferencias que se notan entre las distintas legislaciones, así respecto de la division de la propiedad, por razon del sujeto, como del concepto de cada uno de los grupos incluidos en ella, es manifiesta la tendencia á reconocer todas las que la razon encuentra. En primer lugar, debe dividirse aquella, teniendo en cuenta el *número* de sujetos, en *comun* y *exclusiva*. La primera comprende las cosas de que todos se sirven, como el aire, la luz, la alta mar (2), las calles, caminos, etc.; y la segunda, las cosas de que se sirven alguna ó algunas personas, individuales ó sociales. La comun se subdivide en *ilimitada*, porque lo es su uso, y abarca las cosas generalmente llamadas *comunes*, como el aire, la luz, la alta mar (3); y *limitada*, que abarca las que suelen llamarse *públicas*, y cuyo uso es limitado, como las calles, paseos, caminos, etc. Algunos escritores repugnan dar á estas dos formas el nombre de propiedad, el cual creen que solo cuadra

(1) El Código italiano, despues de determinar los bienes que pertenecen al Estado, á las provincias, á los municipios y á las personas morales, dice (art. 435): «los bienes no indicados en los artículos precedentes pertenecen á particulares.»

(2) Y no las aves, los peces y demás animales que el individuo puede hacer suyos, porque ántes de ser objeto de ocupacion no sirven al hombre y despues se convierten en propiedad exclusiva.

(3) La alta mar es libre y está abierta á todas las Naciones. Hasta el siglo xvii, dice Bluntschli (*El derecho internacional codificado*, arts. 304 y 305), ciertos Estados trataron de atribuirse la soberania exclusiva en ciertos mares y de impedir á los demás pueblos el uso de los mismos para la pesca y la navegacion. España y Portugal, fundándose en una concesion del Papa, se arrogaron este derecho sobre los mares de las Indias orientales y occidentales. Inglaterra pretendió tenerlo por su parte respecto de los que circundan las Islas Británicas, dando lugar al célebre escrito de Grocio: *Mare liberum*.

verdaderamente á la exclusiva, y dicen que hay *cosas* comunes y públicas, pero no *dominio* comun ni público. Sin embargo, respecto de las segundas, basta hacer notar, áun tomando el punto de vista de esos juriconsultos, que ellas son construidas, cuidadas ó mantenidas por álguien con exclusion de los demás, haciéndose aquel dueño *particular* de las mismas si cambia su destino, como sucede, por ejemplo, con una calle que deja de serlo, para comprender que constituyen un verdadero *dominio público*, ya nacional (camino generales, rios navegables ó flotables, puertos, etc.), ya provincial (camino y rios de menos importancia), ya comunal (calles, paseos, caminos vecinales, etc.). Y por lo que hace á las cosas comunes, esto es, la propiedad *comun ilimitada*, bien puede llamársele tambien *dominio natural*, porque, como dice Ciceron: *omnium rerum quas ad communem usum natura genuit est servanda communitas* (1).

Si estas divisiones de la propiedad por razon del sujeto aparecen á veces confundidas en los Códigos y en los autores, es debido principalmente: primero, á que no se distingue, como es debido, entre el Estado y la Nacion, las provincias y el municipio; y segundo, á que tampoco se hace el oportuno deslinde entre los diferentes géneros de propiedad que cada uno de estos círculos puede tener. Por ejemplo; el municipio tiene una propiedad *comun limitada*, cual es la de las calles, de las

---

Hasta aquellos mares, cuyo litoral forma parte todo él de un mismo Estado, son abiertos con tal que sean navegables y que estén en comunicacion con el mar libre. Así como en pasados tiempos, fenicios, cartagineses y romanos consideraron el Mediterráneo como su mar, Dinamarca pretendió una cosa parecida respecto del mar Báltico, Venecia en cuanto al Adriático, y Rusia sobre el mar Negro. El artículo 2º del Tratado de París de 1856 ha formulado el principio de que el mar Negro está abierto á la marina mercante de todas las Naciones.

(1) *De offic.* lib. 1º, n. 51.

El Sr. Reynals dice en el folleto sobre la *propiedad colectiva*: «si no tiene el individuo derecho en las cosas, no puede tenerlo la suma de ellos: la humanidad, el género humano, es una cualidad del que ha de ser propietario, no es un sujeto de derecho; la humanidad ha de ser una abstraccion, que no puede tener realidad jurídica.» Pero si la humanidad es una abstraccion, lo mismo podria decirse de la Nacion, de la provincia y del pueblo ó municipio; al modo que á la observacion del Conde de Maistre, á propósito de los *derechos del hombre*, de que él habia visto franceses, italianos, españoles, alemanes, etc., pero nunca al *hombre*, se le ha contestado, que otro podria decir que habia visto andaluces, castellanos, gallegos, etcétera, pero no el español.

cuales pueden servirse todos los hombres; y una *exclusiva*, de que se sirven solo los miembros de aquel, como los pastos comunes; y luego el Estado municipal tiene la propiedad de que há menester para el cumplimiento de su fin, y que es, ya necesaria, como la Casa-Ayuntamiento, la cárcel, el producto de los impuestos; ya voluntaria, como los bienes de *proprios* que explota para atender con sus rendimientos á las necesidades de aquel. La Nacion tiene tambien una propiedad *comun limitada*, la constituida por caminos, puertos, etc.; pero por su naturaleza misma no cabe que posea una *exclusiva* como los pueblos ó municipios; mas sí que el Estado nacional tenga dos géneros de propiedad análogos á los del Estado municipal; esto es, una necesaria (edificios que ocupan sus dependencias, establecimientos penitenciarios, cuarteles, etc.) y otra voluntaria (explotacion de industrias estancadas, montes, minas, etc.) (1). Es decir, hay bienes de uso público y bienes patrimoniales, como dice el Código italiano (art. 432); un dominio *comun*, que es nacional, provincial ó municipal, y un dominio *privado* (propiedad exclusiva) del Estado nacional, del provincial ó del municipal.

La *exclusiva*, esto es, la comunmente llamada particular ó privada, se subdivide en vista de la *naturaleza* del sujeto, en *individual* y *social*. La primera pertenece á uno (*singular*) ó á muchos individuos (*copropiedad*) (2); y la segunda á las denominadas personas jurídicas, morales ó sociales, sean asociaciones, fundaciones ó corporaciones.

En la asociacion la propiedad está dividida entre sus miembros por partes alícuotas, y son aquellos en cierto modo copropietarios, como sucede en las sociedades anónimas industriales ó mercantiles. Pero el haber social constituye una unidad social representada por la administracion, y en ella se manifiesta la existencia de la persona jurídica, cuyo carácter es bien determinado por el principio de derecho romano: *quod*

(1) Como no tiene fundamento de justicia el llamado *dominio eminente* del Estado, hacemos caso omiso del derecho que algunas legislaciones atribuyen á aquel sobre el subsuelo, los terrenos baldios, los bienes mostrencos, vacantes, etc.

(2) El Código portugués denomina á estas dos formas singular y comun.



*universitati debetur, singulis non debetur; nec quod debet universitas, debent singuli.*

En las fundaciones, como un hospicio, por ejemplo, la propiedad pertenece exclusivamente á la persona jurídica como tal; es la *universitas personarum* de los romanos, y los individuos tienen solo un goce temporal.

En la corporacion, la propiedad, que algunos llaman *commun* ó *colectiva*, como la de los bienes *comunes* de los pueblos, reúne en una unidad superior las dos formas precedentes; el derecho del conjunto se traduce y se manifiesta en el ejercido por cada uno de sus miembros tomados aisladamente (1).

---

§ 2º *Segun el objeto.*—Clasificaciones más usuales de las cosas segun los Códigos y los autores.—Consideracion especial de la division en la propiedad en mueble é inmueble: critica de la misma.—Otras formas especiales de la propiedad por razon del objeto.

Por razon del *objeto*, las formas de la propiedad son tan variadas como la naturaleza y cualidades de aquél. De aquí las divisiones de las cosas que hacen ó suponen los Códigos (2) y las más numerosas que encontramos en los autores: muebles é inmuebles, corporales é incorporales, en el comercio y fuera de él, fungibles y no fungibles, divisibles é indivisibles, agotables é inagotables, principales y accesorias, singulares y universales, existentes y futuras, preciosas y no preciosas, etc. La más interesante de todas ellas (3), y la que todos los Códigos puntualizan con esquisito cuidado, es sin duda la primera, que ha venido á ser la fundamental, sustituyendo á las que tanta importancia tuvieron en pasados tiempos, segun hemos visto en su lugar, y por eso vamos á ocuparnos en ella

---

(2) Véase Ahrens, *Derecho natural*, § 62 y el tomo 1º de esta obra, p. 160.

(2) Las que más comunmente definen los Códigos son las divisiones de las cosas en muebles é inmuebles, corporales é incorporales, fungibles y no fungibles. El de Austria establece estas tres, y además las clasifica en apreciables é inapreciables. El de Napoleon, en cambio, sólo habla explícitamente de la primera de aquéllas, pero naturalmente da por supuestas las otras, aunque no las define.

(3) Prescindiendo de las dos en corporales é incorporales, dentro y fuera del comercio, en que nos ocupamos en el capítulo 3º.

especialmente (1), ya que esta diferencia trasciende á casi todo cuanto se refiere á la adquisicion, uso y pérdida de la propiedad (2), además de que la inmensa importancia que en nuestros dias ha adquirido la riqueza mueble, hasta el punto de podérsela equiparar á la inmueble, aumenta el interés de esta division.

Segun el Código Napoleon (art. 516 y siguientes), los bienes son inmuebles, ó por su naturaleza, ó por su destino, ó por el objeto á que se aplican. Lo son por su naturaleza: los prédios rústicos y los urbanos, los molinos de viento ó agua, fijos sobre pilones y constituyendo parte del edificio, las cosechas y los frutos antes de ser recogidos, los animales que el propietario entregue con la finca al arrendatario, los tubos que sirven para la conduccion de las aguas. Lo son por su destino: los

(1) Sin embargo, haremos algunas observaciones respecto de algunas de las otras.

En cuanto á la division en fungibles y no fungibles, los escritores hoy, y algun Código, la distinguen de la que se hace segun que se consumen ó no por el uso, en vez de confundirlas, como sucede, por ejemplo, con el proyecto de Código civil español. Y lo hacen con buen acuerdo, porque esta última distincion se funda en una propiedad natural y constitutiva de la cosa, en virtud de la cual no se puede hacer de ésta el uso á que está destinada sin destruirla materialmente, como sucede con el trigo (consumo natural), ó sin hacerla salir de nuestro patrimonio, como el dinero (consumo civil); mientras que el que las cosas sean fungibles ó no fungibles depende de su capacidad de ser reemplazadas por otras de la misma especie ó calidad. Y aunque por lo comun las que se consumen por el uso son fungibles, y al contrario, puede suceder que lo sea una que no esté en ese caso, como acontece cuando un librero pide un libro á un compañero, al cual devuelve otro y no el que recibió; y puede suceder que no lo sea una cosa que se consume por uso, como las monedas que tienen un precio de afeccion para su dueño y se prestan para que sirvan para las arras de un matrimonio, un arqueo, etc., debiendo devolverse las mismas. (Véase Aubry y Rau, *ob. cit.*, § 166; Demolombe, §§ 40, 45 y 46.) Por esto el Código báltico, que es quizás el que mejor precisa esta diferencia, declara que es posible dar convencionalmente el carácter fungible á cosas no fungibles (art. 533.)

Respecto de la division de las cosas en singulares y universales, no debe confundirse la *rerum universitas* (una biblioteca, un rebaño) con la *universitas juris* (el patrimonio, un mayorazgo, la dote, el peculio de los hijos, etc.). Hecha aquélla bajo el punto de vista del objeto, debe tomarse en el primer sentido esta denominacion, pues en el segundo toca á las divisiones en razon de la relacion jurídica misma.

(2) Como en materia de prescripcion, registro de la propiedad, determinacion de la ley que debe regir unos y otros en derecho internacional, la trascendencia del hecho material de la posesion, etc., además de la circunstancia de ser, por lo general, los bienes muebles susceptibles sólo de una propiedad privada y exclusiva.

objetos que el dueño de una finca pone en ella para el servicio y explotación de la misma, como animales, utensilios aratorios, semillas, colmenas, abonos, peces de los estanques, etc., y los muebles que el propietario ha unido á la finca con carácter de perpetuidad, como cuando se fijan en aquella con cal ó yeso. Y lo son por el objeto á que se aplican: el usufructo de las cosas inmuebles, las servidumbres reales y las acciones que tienden á reivindicar un inmueble. Los bienes son muebles por su naturaleza ó por determinacion de la ley. Están en el primer caso los cuerpos que pueden trasportarse de un lugar á otro, ya puedan hacerlo por sí mismos, como los animales, ya lo hagan por una fuerza extraña, como las cosas inanimadas. En el segundo, las obligaciones y acciones que tienen por objeto sumas exigibles ó efectos moviliarios, las acciones ó intereses de las compañías industriales ó mercantiles, aunque éstas posean bienes inmuebles, y las rentas perpétuas y vitalicias, ya se cobren del Estado, ya de particulares (1). Los buques, molinos y baños sobre barcas, los escombros y los materiales antes de ser empleados en la construcción son tambien muebles. El Código de Italia establece casi lo mismo (art. 406 y siguientes).

Forma contraste con ambos en este punto por su precision y brevedad el de Portugal, que se limita á declarar (artículos 373 y 376), que son inmuebles, ó naturalmente, ó mediante la accion del hombre (2), los prédios rústicos y urbanos; y por disposicion de la ley: los productos y partes integrantes de los prédios rústicos, y las partes integrantes de los urbanos que no pueden ser separadas del servicio útil que deben prestar, los derechos inherentes á los inmuebles por naturaleza y los fon-

---

(1) Sin embargo, hay rentas y acciones cuya *immobilisation* se puede llevar á cabo por la ley. Por decreto de 16 de Enero de 1808 se autorizó la de las acciones del Banco de Francia; por el de 1º de Marzo de 1808, la de las rentas del Estado y de las acciones del Banco de Francia destinadas á un mayorazgo; por el de 26 de Marzo de 1810, las de los canales de Orleans y de Loring; por la ordenanza de 2 de Abril de 1817, las rentas á cargo del Estado ó de las ciudades cuando las adquieren los municipios ó ciertos establecimientos públicos en reemplazo de los efectos inmuebles donados ó legados.

(2) Distincion que se hace sin duda, porque, en cierto sentido, inmueble por naturaleza sólo lo es la tierra, como han observado algunos escritores.

dos consolidados que se declaren *immobilisados* perpétua ó temporalmente; y que son muebles por naturaleza todos los objetos materiales no comprendidos en las disposiciones precedentes, y por disposición de la ley todos los derechos no incluidos en las mismas. El Código de Zurich (artículos 474 y siguientes) considera como inmuebles las fincas, los edificios y los molinos de agua contruidos con carácter de permanencia, pero no las construcciones ligeras, como garitas, barracas, etc. Luego distingue entre las partes integrantes de un inmueble y sus accesorios; los primeros son de la naturaleza del inmueble á que van unidos; los segundos tambien, pero en tanto que no son separados de él. Son muebles (1), no solamente las cosas movibles en el sentido propio de la palabra, sino tambien las que están en el comercio y consisten en derechos (créditos, deudas), excepto la propiedad de inmuebles y sus dependencias, y otros derechos unidos activa ó pasivamente á las tierras. El Código báltico (artículos 530 y siguientes) considera como muebles ó inmuebles los bienes corporales, segun que pueden ó no trasportarse de un lugar á otro sin experimentar una modificacion exterior; y los incorporales ó derechos, segun que hacen referencia á una cosa mueble ó inmueble, debiendo incluirse siempre los personales ó créditos en el haber moviliario de la persona á quien competen. Distingue tambien las cosas que son parte integrante de otra y las que solo son accesorias, declarando que están en el primer caso aquellas que pertenecen de tal modo á la esencia del objeto, que sin ellas esta, dados su nombre y su destino natural, no podria subsistir, ó por lo menos no podria considerársela como completa.

Merecen mencion especial la legislacion de Aragon y la de Inglaterra. Segun aquella dividénse los bienes en muebles é inmuebles ó *sitios*, incluyendo en los primeros, no solamente los propiamente tales, sino tambien los censos redimibles, las deudas instrumentales y las servidumbres; y entre los segun-

---

(1) En tiempos antiguos, se consideraba en Alemania como mueble toda cosa que era susceptible de ser consumida por el fuego.

dos, los que lo son por naturaleza ó por su destino, y además el censo irredimible, el derecho de retroventa, el patronato activo y otros. El usufructo lo incluyen unos entre los muebles y otros entre los inmuebles, y alguno, como Portoles, forma con él una tercera especie. Tambien hay autores que incluyen el censo reservativo entre los segundos, aunque sea redimible. En Inglaterra se dividen los bienes en *reales* y *personales* ó *chattels*, distincion que procede de la capacidad que tenia ó no una cosa para ser objeto de feudo. No coincide, como con frecuencia se dice en el continente, con la clasificacion en muebles é inmuebles, porque los *reales* comprenden los que son esto último por naturaleza y los derechos que sobre ellos se tienen, pero á condicion de que se hayan de hacer efectivos por un tiempo indeterminado, como la vida del dueño ó de otra persona, pues si lo fuesen por uno determinado, aunque sea de mil años, entran en la categoría de los *chattels* (1); y por esto se subdividen estos en personales y reales: los primeros son los que en los demás pueblos se denominan muebles, y los segundos los derechos sobre inmuebles de duracion determinada. Es de notar que esta clasificacion tiene gran importancia en la legislacion inglesa, como que da lugar á dos ramas ú órdenes en el derecho completamente distintos é independientes, y de los cuales el uno, el referente á los bienes *reales*, conserva más los elementos tradicionales y propios de la historia jurídica de aquel país, mientras que el otro, el de los *personales*, se informa en principios análogos á los que imperan en los demás. Recientemente se ha manifestado la aspiracion á borrar, hasta donde es posible, esa distincion, fundiendo el derecho correspondiente á los primeros en el que regula los segundos (2).

Como se ve, los Códigos modernos parten del supuesto de

---

(1) De *catalla*, ganado.

(2) El Código de Zurich hace, y con buen acuerdo, en nuestro juicio, entre lo concerniente á los bienes muebles y lo que se refiere á los inmuebles una distincion análoga á la que en sus tratados establecen los juriconsultos ingleses entre los reales y los personales. Asi, en el lib. 3º, que se titula *De las cosas*, se ocupa en cada una de aquellas clases en títulos separados. Algo análogo hace el Código de Glaris de 1874. La circunstancia de haber instituciones, como las servidum-

que todas las cosas son muebles ó inmuebles, cuando las hay verdaderamente mixtas, cuales son, no sólo las muebles que se hacen inmuebles por su destino ó por incorporarse á un objeto de esta categoría, sino tambien algunas inmuebles que se hacen muebles, como sucede hoy ya con frecuencia con los árboles que son susceptibles de trasplante y con ciertos monumentos que pueden ser desarmados y trasladados á otro lugar (1), es decir, que es posible trasportarlas de un sitio á otro sin daño de su sustancia, como dicen los Códigos de Austria y Prusia. Luego deberian hacer la distincion entre las cosas que fórman parte integrante de otra y las que son sólo sus accesorios, puesto que las primeras, al perder su sustantividad, claro es que adquieren la naturaleza de aquellas á que se incorporan, miéntras que, respecto de las segundas, seria más propio disponer que se regirían para las leyes referentes á los inmuebles, que no declararlas muebles cuando no lo son por naturaleza (2). Finalmente, más acertados estaban los romanos al aplicar esta division solo á las cosas corporales y no á las incorporeales, como suele decirse, que los modernos al incluir en uno ú otro grupo las acciones y los derechos; pues ni estos ni aquellas son lo uno ni lo otro (3), en cuanto tales denominaciones solo pueden recaer sobre la cosa ú objeto de propiedad; y en todo caso bastaria invocar para todos el principio sencillo que Pothier establecia para las primeras: *actio, quae tendit ad mobile, mobilis est; actio quae tendit ad immobile, est immobilis*.

Por último, conviene advertir que las disposiciones de los Códigos civiles, por lo común, alcanzan á la propiedad en ge-

bres y el registro de la propiedad, aplicables á los inmuebles y no á los muebles, y las diferencias trascendentales entre unos y otros respecto de trasmision, reivindicacion, prescripcion, etc., legitiman esta distincion.

(1) Véase Giner y Calderon, *ob. cit.*, lec. 29.

(2) Como sucede en Francia, donde, segun hemos visto, la ley ha determinado la *immobilisation* de bienes muebles, ó en Aragon, donde pueden ser muebles ó sitios unos mismos, segun que se llevan en uno ú otro concepto al matrimonio.

(3) El Código Napoleon incluye (art. 526) entre los inmuebles, el usufructo y las servidumbres reales y no el dominio; efecto del error, en que nos hemos ocupado más arriba y en el t. 1º, p. 126, de suponer entre éste y la cosa una identificación que no admite respecto de los derechos reales.

neral, así á la mueble como á la inmueble, con sus dos especies: rústica y urbana; pero suelen dejar á leyes especiales, que sin razon se consideran como parte del derecho administrativo, la regulacion de ciertas formas particulares de aquella, tales como la propiedad llamada *intelectual*, con sus cuatro variedades de *industrial*, *artística*, *dramática* y *literaria*, la *minera* y la de *aguas*.

---

§. 3º.—*Segun la relacion misma*.—Divisiones de la propiedad en plena y ménos plena y en ilimitada y limitada.—Declaraciones de los Códigos modernos respecto de ellas.—Crítica de las mismas.

Las principales divisiones de la propiedad en razon de la relacion jurídica misma, son dos (1): una que se funda en la diferencia cualitativa de los  *fines*  á que se puede destinar, y da lugar á las dos formas denominadas: plena, completa ó indivisa, y ménos plena, incompleta ó dividida; y otra, que se deriva del diferente *poder* del propietario respecto de la cosa, y que origina otras dos: la limitada y la ilimitada (2). Pues bien, de estas dos clasificaciones, la segunda se encuentra en todas las legislaciones modernas, pero no así la primera que en algunas ha desaparecido ó se ha confundido con la otra bajo la denominacion de propiedad perfecta é imperfecta.

El Código Napoleon declara en el art. 543 que «se puede tener sobre los bienes, ó un derecho de propiedad, ó un mero derecho de goce, ó solamente el de pretender servicios territoriales (servidumbres);» de suerte que si atendiéramos á este texto, podríamos creer, incurriendo en un error, que la legislacion francesa, no solo ha borrado la antigua distincion del dominio en directo y útil, sino que no admitia otros derechos reales que las llamadas servidumbres reales y personales.

---

(1) Hay otras, como la de propiedad absoluta y resoluble, que consigna el Código portugues; la de propiedad libre y vinculada, que tanta importancia tiene aún en la legislacion inglesa, etc.

(2) Véase el t. 1º de esta obra, p. 181.

El Código italiano no habla de esas dos clases de dominio ni de derechos reales, pero si bien en el título en que examina las *modificaciones* de la propiedad, se ocupa solo del usufructo, uso y habitación y de las servidumbres prediales, luego, entre los correspondientes al tratado de obligaciones, encontramos tres consagrados á la enfitéusis, á los censos reservativos y consignativos y á la renta vitalicia (1). El de Portugal (artículos 2187 y 2189), define la propiedad perfecta: «la que consiste en el disfrute de todos los derechos contenidos en el de propiedad;» y la imperfecta: «la que consiste en el goce de parte de esos derechos;» y considera como propiedades de este género: la enfitéusis y la subenfitéusis, el censo, el *quinhão* (2), el usufructo, el uso, la habitación, el *compascuo* (3) y las servidumbres. El de Austria (art. 357) dice: «la propiedad no es plena y completa sino cuando el goce va unido á ella; es imperfecta si estos dos derechos están separados, y tiene uno el goce y otro la propiedad, en cuyo caso se llama al primero usufructuario y al segundo propietario principal.» Y añade (art. 358): «todas las demás cargas de la propiedad, como rentas territoriales, censos, etc., no menoscaban la integridad de aquella;» y más adelante (art. 359): «según la diferencia de relaciones entre el propietario y el usufructuario, los bienes se llaman feudos, enfitéusis ó arrendamientos hereditarios (4).» El de Baden determina (art. 544), «que el derecho de disponer de la propiedad en alguna de sus cualidades, puede ser sepa-

---

(1) Véase lib. 2º, tít. 3º; lib. 3º, tít. 8º, 13 y 14. El Código de Parma, como en otro lugar queda notado, decia terminantemente (art. 404 y siguientes): «el derecho de disponer de la cosa constituye la propiedad; el derecho de gozar solamente de ella constituye el usufructo; la reunion de estos dos derechos constituye la propiedad perfecta; si uno de estos dos derechos está en todo ó en parte separado ó desligado del otro, la propiedad es imperfecta; pertenecen á la propiedad imperfecta: la enfitéusis, el usufructo, el uso y la habitación y las servidumbres.» Claro está que el término usufructo se toma aquí en un sentido restringido y ántes en uno lato.

(2) El derecho á percibir una parte alicuota de la renta que se paga por un prédio indiviso

(3) Comunidad de pastos en prédios pertenecientes á diversos propietarios.

(4) Téngase en cuenta que en el art. 303 dice que se llaman derechos reales sobre las cosas los derechos de posesion, de propiedad, de hipoteca, de servidumbre y de sucesion; y que las diferencias entre la propiedad perfecta y la imperfecta las consigna en el capítulo correspondiente al derecho de propiedad.



rado de ella por la ley ó por convencion. Si este derecho no comprende la propiedad entera, ó se establece solo en beneficio de una persona, la propiedad no es *desmembrada*, sino únicamente *gravada*. Cuando un individuo tiene el goce de una cosa y el derecho de disponer de ella, y otro tiene derecho de devolucion en un caso determinado y la facultad de ejercitar actos para conservarla, ninguno de ellos tiene la propiedad plena, sino que el uno tiene la propiedad del disfrute y el otro la propiedad directa.» En Baviera, la ley de 4 de Junio de 1848 dice en su art. 17: «á partir de la promulgacion de la presente ley, no podrá tener lugar colacion alguna (*verleihung*) con la reserva del dominio directo;» y segun otra de Prusia de 2 de Marzo de 1850 que «en caso de trasmision por muerte de la propiedad de un predio, solo es permitido el traspaso de la plena propiedad (1).» El de Friburgo (artículos 467 y 469) declara que «la propiedad puede estar dividida de diferentes maneras, en cuanto el goce, completo ó parcial, de las cosas puede pertenecer á una persona, y su sustancia y el derecho de disponer de ella, completo ó parcial, á otra. El usufructo, el uso y la habitación son partes separadas de este modo de ser de la propiedad. La propiedad puede estar gravada con cargas de diferentes especies, como las servidumbres reales, y afectada de varios modos, como á título de prenda ó hipoteca ó por causa de utilidad pública.» Por último, el Código ruso (artículos 513 y siguientes) y el báltico (artículos 944 y siguientes), admiten la distincion del dominio en directo (derecho de disponer) y útil (derecho de poseer y gozar) (2).

Como se ve; de las legislaciones vigentes, unas conservan la distincion entre la clasificacion de la propiedad en plena y ménos plena, ó indivisa y dividida, y la clasificacion de la misma en limitada é ilimitada; otras solo admiten ésta, y las más de ellas las confunden. Es debida esta variedad de soluciones á la distinta suerte que, segun los países, han corrido las instituciones

---

(1) Véase Lehr, *Droit civil germanique*, § 57. El Código de Zurich prohíbe en su art. 755 gravar la propiedad territorial con cargas reales perpétuas, y declara re-dimibles las existentes.

(2) Véase Lehr, *Droit civil russe*, §§ 294, 295 y 296.

que, como el feudo, la enfitéusis y otras análogas, procedían de la distinción del dominio en útil y directo. Donde han desaparecido por completo, ó las que subsisten se han modificado convirtiéndose en derechos reales, es natural que la primera de aquellas clasificaciones se haya borrado de los Códigos. Pero es extraño que en alguno, como sucede con el de Portugal, no se admita otra que la de propiedad perfecta é imperfecta, y se considere como una forma de esta, al lado de las servidumbres y los censos, la enfitéusis ó *emprazamento*, cuando dice terminantemente en el art. 1653 que por este el propietario de un predio trasfiere á otra persona el *dominio útil*. Además, es de notar como, partiendo del supuesto de que los dos derechos esenciales que integran el dominio son el de disponer y el de gozar, se hace una distinción en virtud de la cual viene á conservarse por algunos la antigua entre el dominio directo y el útil, pero con aplicación del usufructo, de donde resulta que se establece entre este y los demás derechos reales una diferencia tan esencial, que se considera al que tiene aquel como propietario del goce, y del dueño verdadero se dice que tiene la *nuda* propiedad (1). El usufructo es un *derecho en cosa ajena*, en cuanto virtualmente radican en el propietario todos los derechos, y por eso á él vuelve, más pronto ó más tarde, la plenitud de su ejercicio, única cosa que limitan los derechos reales, que no son desmembraciones de la propiedad misma; mientras que en el caso de la menos plena ó dividida no hay un dueño que esté trabado en el ejercicio de esos derechos, sino que hay dos que los ejercitan todos, pero para fines distintos (2).

Expuestas y clasificadas las distintas formas de la propiedad bajo los tres respectos del sujeto, del objeto y de la relación, la importancia de algunas de ellas, ó de determinadas especies de las mismas, exige una atención especial, y por eso vamos á examinar las principales en los capítulos siguientes.

---

(1) Cuando la diferencia que hay entre el usufructo y los otros derechos reales lo más que puede autorizar es la división de éstos en principales y accesorios, en materiales y formales, etc., que hacen algunos escritores.

(2) Véase el t. 2º, p. 187 y siguientes.

## CAPITULO XI.

### DE LA PROPIEDAD LIMITADA Ó DE LOS DERECHOS REALES.

---

§ 1°—Distincion entre la propiedad limitada y la dividida.—Naturaleza de los derechos reales; ¿tienen este carácter el dominio y el derecho de herencia?—Enumeracion de aquellos.

Segun queda dicho (1), los Códigos modernos confunden, por lo general, las dos clasificaciones de la propiedad: en limitada é ilimitada, y en plena ó indivisa y dividida, admitiendo únicamente la de perfecta ó imperfecta, que viene á coincidir con la primera de aquellas. Esto se explica bien cuando no admiten ninguna de las formas de la segunda, ya porque las rechazan en absoluto, ya porque las han trasformado en verdaderos derechos reales, pero no cuando, al lado de estos y bajo una misma denominacion, consagran alguna de ellas, como la enfiteusis, con el carácter que antes tuvo, esto es, atribuyendo al enfiteuta el dominio útil (2). Por nuestra parte, consecuentes con lo dicho más arriba al fijar la diferencia esencial entre una y otra clasificacion, trataremos de ellas con la debida independencia, ocupándonos aquí en la propiedad limitada ó derechos reales, y en el capítulo siguiente en la dividida ó menos plena.

Al hacer lo primero, debemos comenzar por indicar cuáles sean esos derechos reales, con tanto más motivo, cuanto que

---

(1) Tomo 2º, p. 384, nota 1ª; y en este, en el capítulo precedente.

(2) Esta confusion se manifiesta en el Código portugués, el cual incluye bajo la denominacion de propiedad imperfecta, como más arriba hemos visto (artículos 2182-2189), la enfiteusis, el censo, el usufructo, las servidumbres, etc. Por el contrario, el austriaco, aunque no con tanta claridad, distingue, de un lado, los feudos, enfiteusis y arrendamientos perpétuos ó hereditarios, y de otro, las rentas territoriales, censos, etc., de los cuales dice que no menoscaban la integridad de la propiedad (arts. 357-359.)

si consultamos algunos Códigos modernos, parece que no hay otros que el usufructo y las servidumbres prediales (1), mientras que si consultamos los autores, hallaremos en alguno una clasificacion de los mismos que comprende hasta quince (2).

Hemos de comenzar recordando que, en nuestro juicio, los derechos reales son limitaciones del ejercicio de uno ó más de los que integran el dominio, de donde se deduce: primero, que no podemos considerar como tales, segun más arriba queda ya dicho, ciertas formas de la propiedad dividida, porque en ellas radican en dos ó más personas de igual modo todos esos derechos, aunque para un fin distinto, en cuyo caso se encuentran la enfiteusis (3), el derecho de superficie y ciertas

(1) «Se puede tener sobre los bienes ó un derecho de propiedad ó un mero derecho de disfrute ó solamente servicios territoriales» (servidumbres), art. 547 del Código Napoleon. Algunos de los que sobre él se calcularon hablan tan sólo de servidumbres reales y personales. En Bélgica por la ley de 10 de Enero de 1824 se reguló el derecho de superficie y la enfiteusis. El Código de Holanda (art. 584), dice que se puede tener sobre los bienes un derecho de posesion, ó de propiedad, ó de herencia, ó de servidumbre, ó uno de prenda ó hipoteca; y además admite el de superficie, la enfiteusis y las rentas territoriales. El de Austria (art. 508), dice que se llaman derechos reales sobre las cosas los derechos de posesion, de propiedad, de hipoteca, de servidumbre y de sucesion. Dentro del de propiedad hace las distinciones indicadas en la nota anterior. El de Berna y el de Lucerna consideran como derechos reales: la posesion, la propiedad, las servidumbres, la prenda é hipoteca y la herencia.

(2) El Sr. Sanchez Roman, en la obra citada en otro lugar (t. 2º, p. 274), hace una clasificacion de los derechos reales que, áun cuando no la creemos exacta, como deducirá el lector de lo que en el texto decimos, trascribimos aqui por lo completa y sistemática:

1º Casos en que están refundidas las facultades de gozar y disponer de una cosa ( <i>dominio pleno</i> ).....	}	1º Dominio.
		2º Posesion civil.
		3º Derecho hereditario.
2º Casos en que se encuentran divididas en distintas personas las facultades de gozar ó usar y disponer de una cosa ( <i>dominio menos pleno</i> ).....	}	1º Censo enfiteúatico
		2º Superficie.
		3º Usufructo.
		4º Uso.
		5º Habitación.
	}	1º Servidumbres reales.
		2º Censo reservativo.
		3º Censo consignativo.
		4º Prenda.
		5º Hipoteca.
		6º Tanteo o retracto
		7º Inscripcion arrendaticia.

(3) Es verdad que en ciertos países se ha convertido en verdadero derecho real; pero sin perjuicio de notar en su lugar en cuáles se ha verificado eso, parece que debe tratarse de ella donde corresponde segun su sentido histórico y el que conserva aún en muchas partes.

instituciones censuales; segundo, que siendo esos derechos *jura in re aliena*, lógicamente no cabe incluir bajo tal denominación el dominio, que es un *jus in re propria*, y el cual es siempre el todo, la sustancia, la base de la relación jurídica de la propiedad, y por eso se da allí donde se dan en su plenitud esas facultades que los derechos reales limitan solo en su ejercicio, y cuando por uno ú otro motivo se extinguen los últimos, el que tiene aquel los asume íntegramente; y tercero, que tampoco procede dar ese nombre al derecho hereditario, porque éste, lejos de ser limitación de ese ejercicio, no es otra cosa que el modo por virtud del que adquiere el heredero el dominio sobre los bienes de la sucesión. Hechas estas exclusiones, los derechos reales quedan reducidos á los siguientes: posesión (1), usufructo (2), censo (3), arrendamiento (4), servidumbres, prenda é hipoteca, los cuales pueden clasificarse en dos grupos: uno de limitaciones materiales, que comprendería los cinco primeros; y otro de las formales, que comprendería los dos últimos.

¿Es esto decir que no hay más derechos reales que estos? No; en ciertos Códigos figuran algunos otros que no siempre pueden referirse á ellos; y además los particulares, haciendo uso de la libertad de contratación, hoy generalmente consagrada, pueden crear otros que será más ó menos posible hacer entrar en ese cuadro (5), y que revestirán el carácter de

(1) A seguir la diremos por qué consideramos la posesión como un derecho real.

(2) Incluimos bajo esta denominación el uso y la habitación, que no son sino dos formas del usufructo, y por eso en algunos Códigos ya no figuran independientemente de éste.

(3) Comprendemos en él así el reservativo como el consignativo y demás formas análogas de esta institución, salvo cuando implican *division* de la propiedad.

(4) El arrendamiento no siempre es un derecho real, pero tienden las legislaciones modernas á considerarlo como tal, y lo será seguramente con el tiempo en todos los casos.

(5) Demolombe (*ob. cit.*, §§ 511 y siguientes), enumera hasta siete que han sido consagrados por la jurisprudencia; y en vano pretende hacerlos entrar en uno ú otro de los dos únicos derechos reales reconocidos por el Código Napoleón, porque algunos de ellos ni siquiera son formas de propiedad limitada, sino de la dividida. Es de notar, por cierto, que el Código civil de la República argentina, siguiendo á Demolombe, declara terminantemente que «los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley» (lib. 3º, tit. 4º, art. 1º.)

tales derechos, sobre todo, cuando el convenio de que se derivan se inscribe en el Registro de la propiedad (1).

Vamos, pues, á hacer breves indicaciones sobre cada uno de los derechos reales, siguiendo al efecto el orden en que quedan expresados, y que es el que guardan si se atiende á la trascendencia, de más á menos, de la limitacion en ellos envuelta.

---

§ 2º—*Posecion*.—Por qué es un derecho real.—Concepto de la posesion segun los Códigos modernos; qué tiene de semejante y qué de diferente con el romano.—Efectos de la posesion segun que tenga el poseedor buena ó mala fé.—Proteccion otorgada por la ley al poseedor.—Valor de la posesion respecto de los muebles.—Crítica de la doctrina legal en materia de posesion.

No vamos á estudiar aquí, ni la posesion en cuanto es condicion para la usucapion, ni del *jus possidendi*, que es consecuencia y uno de los que integran el dominio, cosas ambas en que nos hemos ocupado más arriba (2), sino el *jus possessionis* (3), ese derecho singular reconocido y regulado por todos

---

(1) En este caso se encuentra el derecho de retracto que se reserva el vendedor, y sobre el cual tanto se ha discutido acerca de si es real ó personal. Cuando se inscribe en el Registro, ya no puede caber duda de que es lo primero, en cuanto es una limitacion puesta al derecho de disponer que tiene el adquirente y que obliga á todos.

(2) Véase cap. 5º, § 4º; cap. 7º, § 1º.

(3) «En el sentido vulgar y general de la expresion, *poseer* una cosa significa tenerla físicamente á su disposicion, cuyo hecho puede ser considerado bajo una triple relacion:

1ª Como un simple hecho físico sin relacion con la adquisicion ó el ejercicio de un derecho; entónces corresponde á la *detencion*, ó, como dicen otros, á la posesion natural que los romanos llamaban *esse in possessione*. Tal es la posesion del depositario y del locatario que retienen la cosa en nombre de otro, y la posesion de aquél que la retiene precariamente, los cuales, en rigor, *non possident, sunt tantum in possessionem*.

2ª Como manifestacion y consecuencia de un hecho preexistente que se deriva del derecho de propiedad; esto es, el hecho que corresponde á la relacion jurídica llamada *dominium*. Llámase posesion legitima, y el derecho que tiene el propietario de defender su posesion ó de pedirla como una cosa debida, cuando no la tiene, se denomina *jus possidendi*.

3ª Como un hecho jurídico que, haciendo abstraccion de todo hecho preexistente, produce consecuencias jurídicas. Este constituye la posesion propiamente dicha, y resulta de dos elementos: del hecho físico de tener el objeto á su disposicion, y del *animus rem sibi habendi*, *animus domini*, es decir, de la intencion de conservar y defender la cosa en propio interés para apropiársela. El derecho correspondiente se denomina: *jus possessionis*. • Fiore, *Derecho internacional privado*, § 200.

los Códigos, y acerca de cuya verdadera naturaleza tanto han discutido y discuten los juriconsultos sin conseguir llegar á un acuerdo (1).

Lo incluimos en este lugar, porque á nuestro juicio, es un *derecho real*, como lo declaran terminantemente muchos Códigos modernos (2). Cualquiera que sea el concepto de los derechos reales que se acepte entre los reinantes, cuadra á la *posesion*. En efecto, ya se considere que la diferencia entre ellos y los llamados personales consiste en que en estos el sujeto pasivo de la relacion es una persona determinada, y en aquellos lo son todas; ya se defina el derecho real: «la facultad correspondiente á una persona sobre una cosa específica y sin sujeto pasivo individualmente determinado, contra quien aquella pueda personalmente dirigirse;» y el derecho personal: «la facultad correspondiente á una persona para exigir de otra, como sujeto pasivo individualmente determinado, el cumplimiento de una prestacion de dar, hacer ó no hacer» (3); ya se estime que el uno crea entre la persona y la cosa una relacion directa ó inmediata, mientras que el otro solo crea una relacion entre la persona á la cual el derecho pertenece y otra que se obliga con ella; siempre resultará que el *jus possessionis* es un derecho real. Consiste la naturaleza de éstos en ser limitaciones del ejercicio de los que integran el total del dominio, y al modo que el usufructo limita el de gozar y la hipoteca el de disponer, la posesion los limita todos menos uno, que es por eso mismo el característico y esencial del dominio, el de *reivindicar*, y por eso no se llama nunca *dueño* al poseedor. Es dueño el que puede ejercitar la accion reivindicatoria y por virtud de ella alcanzar el ejercicio de todos los derechos que potencialmente residen en él. Y no se diga que los

---

(1) Véanse las varias teorías ideadas para explicarlo en el t. 2º de esta obra, p. 86, nota 2ª.

(2) Los de Lucerna, Berna, Argovia, Servia, Austria la consideran como derecho real. Los de Holanda, Italia, Portugal, Zurich, etc., tratan de ella en títulos independientes. El Código Napoleon lo hace brevemente y sólo en un capítulo del título correspondiente á la prescripcion.

Véase sobre si es ó no un derecho real la posesion, el tratado de Savigny, seccion 1ª, § 6º y el de Molitor, parte 1ª, § 11.

(3) Sanchez Roman, *ob. cit.*, t. 2º, p. 263.

*interdictos* son acciones posesorias personales en cuanto no se dan contra tercero, porque, aparte de que no es esto tan claro como se supone (1), el poseedor tiene la acción *publiciana*, cuyo carácter *real* no puede ponerse en duda; y además, como los interdictos puede utilizarlos lo mismo el dueño que el poseedor, el argumento, por probar demasiado, no probaría nada (2).

Veamos el concepto que de la posesion dan los Códigos modernos. Segun el de Napoleon (2228) «es la retencion ó disfrute de una cosa ó de un derecho que se tiene ó ejerce por uno mismo, ó por otro que lo tiene ó ejerce en su nombre.» El de Portugal la define: «la retencion ó disfrute de cualquiera cosa ó derecho» (474) y añade: (477) «la posesion produce en favor del poseedor la presuncion de propiedad, que puede ser más ó menos atendible conforme á las circunstancias.» El de Zurich (488) exige dos cosas para la adquisicion de la posesion: la manifestacion del poder corporal sobre la cosa y la voluntad de ejercer este poder en propio interés, y añade (490): «el usufructuario, el acreedor hipotecario y las demás personas que derivan de un modo regular su posesion del propietario, pero que tienen en ella un interés independiente del suyo, como sucede al arrendatario, no tienen la posesion de la propiedad, pero sí la del usufructo, de la hipoteca, del arrendamiento, etc.» El austriaco (309) la define: «tenencia de un ob-

---

(1) El Código de Zurich concede el interdicto de recobrar la posesion contra el *tercero* detentador de la cosa que no ha despojado al demandante, si este tercero, en el momento en que ha adquirido la posesion, aunque sea por virtud de un titulo valedero, ha tenido conocimiento de que la cosa ha sido quitada de una manera violenta al demandante (507).

(2) Para Savigny, como la posesion misma es una condicion exigida para el ejercicio de las acciones posesorias y no un derecho, no entra en ningun grupo de derechos. Maynz, Demolombe, Zachariæ, Belime, etc., sostienen que es un derecho real. Molitor, despues de tratar de demostrar que por derecho romano no es un derecho puramente real, ni tampoco puramente personal, dice: «Podriamos llamarle un derecho real-personal; real, porque el derecho sobre la cosa es directo é inmediato, por cuyo motivo son ó parecen ser *concepta in rem*, y personal, porque el interdicto no se intenta sino contra el autor de un hecho, de la perturbacion posesoria ó del despojo, sin que puedan alcanzar á los terceros poseedores.»

No debe confundirse esta cuestion con la de si la posesion tiene aplicacion tan solo en la esfera del derecho de propiedad ó tambien en el de la personalidad y en el de obligaciones, y aún en el político.



jeto cualquiera con la voluntad de retenerlo ó conservarlo.» El del Gran Ducado de Baden, dice (544.): «la posesion produce todos los derechos de la propiedad contra los que no son propietarios ó que no tienen derecho á una posesion preferente.» El de Sérvia (198): «quienquiera que posee una cosa y la retiene por su voluntad, se denomina poseedor ó detentador de la cosa.» El de Berna (349): «la posibilidad física de disponer de una cosa se llama *detencion* (tenencia); se llama *posesion* cuando á ella se une la intencion de apropiarse la cosa.» Finalmente, los ingleses distinguen la nuda posesion (*naked possessio*), el derecho de posesion y el derecho de propiedad, y allí la moderna accion de *ejectement* ha venido á sustituir todas las antiguas acciones reales (1).

Como se ve, las legislaciones modernas conservan, en lo esencial, el concepto romano de la posesion: *detentio rei corporalis animo sibi habendi* (2), y de aquí los dos requisitos: *corpus* y *animus domini*, esto es, la tenencia de la cosa y su retencion en concepto de dueño. Pero se apartan, de un lado, en que mientras el derecho romano considera la posesion como un poder absoluto análogo á la propiedad, admitiendo solo la que llamó cuasi-posesion (3) respecto de determinados derechos reales, los Códigos modernos reconocen que lo mismo cuadra á éstos que al dominio (4); y de otro, en que el primero sólo ampara la *posesion civil* (la que conduce á la usucapion) y la *posesion* (la protegida por los interdictos), pero no la mera *tenencia* (5), mientras que muchas de las segundas conceden á esta una proteccion siquiera sea pasajera y provisional, afirmando el principio de que cualquiera que sea la natu-

(1) Por esto dice Sumner Maine (*Ancient law*, cap. VII) que hace treinta años tuvo lugar la abolicion virtual de las acciones reales inglesas, sacrificándolas á la accion posesoria del *ejectement*, basando así, añade, toda la reivindicacion sobre una ficcion legal.

(2) Definicion que se traduce en las Partidas, diciendo: «*Tenencia derecha que ome ha en las cosas corporales, con ayuda del cuerpo é del entendimiento.*»

(3) Véase la nota de la p. 57.

(4) Salvo las diferencias que por la naturaleza misma de la institucion establecen los Códigos entre las servidumbres positivas y negativas, continuas y discontinuas, aparentes y no aparentes.

(5) A veces se llamaba á esta *posesion natural*; pero este nombre tambien se daba en ocasiones, en oposicion á la *civil*, á la protegida por los interdictos.

raleza de la posesion, nadie puede perturbarla arbitrariamente. Además nótese que unos Códigos definen la posesion en su sentido más lato, determinando luégo las varias especies de ella; al paso que otros, como el de Berna, siguiendo á los romanos, definen la que tiene mayor importancia jurídica.

En todas las legislaciones se hace una distincion fundamental entre el poseedor de buena fe y el que lo es de mala. El Código de Holanda reconoce las diferencias diciendo: «la posesion de buena fe dá al que posée la cosa el derecho: 1º, á ser reputado propietario provisionalmente hasta que aquella sea reivindicada; 2º, á adquirir la propiedad de la misma por prescripcion; 3º, á percibir y hacer suyos los frutos hasta la reivindicacion; y 4º, á ser mantenido en la posesion de la cosa contra quienquiera que la perturbe y á ser reintegrado en ella cuando la ha perdido.» «La posesion de mala fe da al que posée la cosa el derecho: 1º, á ser reputado provisionalmente propietario hasta que se incoe la demanda de reivindicacion; 2º, á percibir los frutos, pero con obligacion de restituirlos á quien tenga derecho á ellos; y 3º, á ser mantenido y reintegrado en la forma prevenida en el caso 4º del artículo anterior (605). En suma, ambos poseedores son considerados provisionalmente como propietarios, y ambos protegidos contra quien quiera que venga á perturbarles en su posesion; y se diferencian en que el de buena fe puede alcanzar la propiedad por usucapion y hace suyos los frutos, pero no el de mala fe.

Segun el Código Napoleon (550), se reputa poseedor de buena fe el que posée como dueño en virtud de un título traslativo de la propiedad cuyos vicios ignora, y lo mismo establecen los de Italia y Portugal (1). Segun el de Zurich, «la posesion legítima supone, no solamente una toma de posesion perfecta (esto es, en que no ha intervenido influencia ilegal, arti-

---

(1) A diferencia de lo que disponen los Códigos de Berna (256), Lucerna (228) y de Austria (323). Este declara que se presume legalmente que el poseedor de una cosa tiene justo título y no se puede, en consecuencia, obligarle á presentarlo. Segun Lehr (*ob. cit.*, § 43), «esto es ir demasiado lejos; todo hombre tiene el derecho de ser tenido por honrado mientras no se pruebe lo contrario; pero no se alcanza

ficio ó abuso de confianza) (494), sino además un título legal fundado sobre la adquisicion de la posesion, como, por ejemplo, compra, donacion ó derecho de sucesion» (495); y «la posesion de buena fe supone que el poseedor no ha conocido ó sabido que la toma de posesion era ilegítima» (497); y añade: «en la duda, se presume siempre la buena fe, pero no la legitimidad de la posesion» (500). Segun el Código báltico, la posesion es legal cuando ha nacido de una manera lícita (*nec vi, nec clam, nec precario*) y se apoya en un título reconocido por la ley, é ilegal en el caso contrario, debiendo tomarse en cuenta en esta última el elemento de la buena ó mala fe (680). El Código austriaco dice (373): «que el poseedor es de mala fe cuando no puede señalar su cedente, ó señala uno que es sospechoso, ó cuando ha recibido las cosas á título gratuito y el demandante á título oneroso.» En suma, puede decirse que el poseedor es de buena fe cuando se cree dueño de la cosa; y de mala, cuando, como dice el Código de Holanda (588), sabe que es de otro.

Las diferencias entre los efectos que produce en uno y otro caso la posesion, aparte de su influjo en la prescripcion, recaen sobre los frutos y los gastos hechos en la cosa. Por regla general, el poseedor de buena fe hace suyos los frutos, mientras que el de mala está obligado á devolverlos al propietario que los reclama (1); y en cuanto á las expensas, to-

---

qué interés pueda haber en suplir por una presuncion la prueba de la existencia ó no existencia de un acto palpable, como un contrato de venta ó un testamento.» No podemos asentir á la opinion del distinguido escritor, porque la consecuencia sería que todo propietario habria de ir siempre con los títulos bajo el brazo para exhibirlos cada vez que cualquiera, con razon ó sin ella, entablara un pleito. Cuando el demandante presente pruebas en contra de la presuncion, es cuando el demandado debe mostrar sus títulos.

(1) Segun el Código austriaco (380), «en caso de eviccion, el poseedor de buena fe no hace suyos los frutos sino cuando están desprendidos del suelo; siendo de su propiedad los demás si se han dado durante su pacífica posesion. El de Zurich dispone (509) que, «por excepcion, los tribunales están autorizados, en el caso de que el demandado se haya enriquecido mucho, á obligarle á restituir los frutos todavía existentes ó á dar el equivalente de los que ha percibido.» El báltico (756 y 757), despues de sentar el principio general de que el poseedor de buena fe hace suyos los frutos, dice: «sin embargo, si el propietario hace valer su derecho de propiedad y gana el pleito, el poseedor, aunque sea de buena fe, está obligado á restituirle, además de la cosa principal, todos los frutos percibidos hasta que se ejercite la accion reivindicatoria y que existan aún en especie; no está obligado á indemnizar los que ha consumido ó enajenado.»

dos los Códigos hacen la distincion de necesarias, útiles y voluntarias, determinando, por lo comun, que las primeras son abonables á todo poseedor, sea de buena ó de mala fe; que las segundas tambien, pero con la diferencia de que el propietario está obligado á abonar al de buena fe el importe de las mejoras ó el aumento de valor que por ellas haya tenido la cosa á su dueño, mientras que al de mala cabe indemnizarle ó no, aún cuando en este último caso puede aquel retirarlas, si es posible hacerlo sin menoscabo del objeto; y que por las terceras no se debe indemnizacion en ningun caso, pudiendo solo el de buena fe retirarlas en la forma dicha respecto de las útiles hechas por el de mala.

Veamos ahora el punto importante de la proteccion que dispensa la ley á la posesion. Segun el Código italiano «el que hallándose desde hace un año en posesion legítima de un inmueble, ó de un derecho real, ó de una universalidad de muebles, es perturbado en esta posesion, puede dentro del año reclamar que se le mantenga en ella» (694); y «el que ha sido despojado violentamente ó de una manera oculta de la posesion, cualquiera que ella sea, de una cosa mueble ó inmueble, puede, dentro del año, á contar desde el despojo causado, reclamar contra el despojante para que se le reintegre en ella» (695), procediendo la accion aún contra el propietario de las cosas de que el poseedor ha sido despojado (697). El Código portugués (484-489), declara que el poseedor tiene derecho á ser mantenido en la posesion ó restituido á ella contra cualquiera que la turbe ó le despoje de la misma, pudiendo hacerlo por su propia fuerza ó autoridad siempre que lo haga á seguida, ó acudir á los tribunales. Si es despojado violentamente, podrá reclamar la restitucion dentro del año, sin que pueda ser oido el despojante mientras la restitucion no se haya verificado. Si la posesion es de menos de un año, solo podrá reclamar contra los que no tengan mejor posesion. Es la mejor la que se apoya en título legítimo; á falta de éste, ó si hubiese dos iguales, la más antigua; si ambas fuesen de la misma duracion, la actual; y si fuesen dudosas, se pondrá la cosa en depósito hasta que se decida á quién pertenece. Si la posesion

fuese de más de un año, el poseedor será mantenido en ella mientras no sea vencido por el dueño en juicio de propiedad. El Código de Zurich declara (501), que «todo poseedor está como tal autorizado para defender su posesion contra cualquier violencia ó daño y reclamar proteccion de los Tribunales, *sin que haya de atenderse á la buena fe ó á la legitimidad de ella.*» El poseedor de buena fe tiene además derecho á la proteccion judicial contra toda perturbacion arbitraria de su posesion, *aun cuando no constituya delito* (502). «El poseedor de buena fe y con justo título, cuando el derecho que corresponde á su posesion está garantizado por una accion real, goza además, á semejanza de esta, de una posesoria real contra quienquiera que le trabe ó turbe indebidamente en su posesion ó retenga la cosa» (516). El Código báltico establece (521) que el poseedor tiene derecho á ser protegido contra toda perturbacion violenta y arbitraria, sea legal ó ilegal su origen, y ya tenga buena ó mala fe; puede rechazar aquella hasta con la fuerza y acudir á los tribunales, los cuales tienen que mantenerle en ella, salvo que el demandado probara que el demandante tenia la cosa *vi, clam aut precario*. En suma, la proteccion es más ó menos eficaz segun la duracion de la posesion, segun la legitimidad de la misma y segun quien sea el demandado; pero en todo caso se establece una radical distincion en el petitorio y el posesorio, como antes se decia, y se protege el hecho de la posesion por consideraciones de orden público.

Por último, es de notar el valor excepcional que tiene en algunos países la posesion respecto de los bienes muebles. El Código Napoleon declara (2279), que en cuanto á ellos vale como título ó produce los efectos de éste, de donde resulta que en tal caso la presuncion de que parte el legislador, es absoluta é irrefragable y por ello no cabe aquí ni es precisa la usucapion (1). Pero nótese que ese principio, de origen germa-

---

(1) El Código italiano lo consagra en el art. 707 respecto de los bienes muebles y de los títulos al portador. El portugués, por el contrario, exige, para prescribir aquellos posesion por tres años, justo título y buena fe. Véase más arriba cap. 5º, § 4º; cap. 7º, § 3º; cap. 8º, § 1º.

no, ha sido aceptado por pocas legislaciones, pues aún cuando regia por regla general en la Edad media, fué vencido por el opuesto romano.

Esta sumaria exposicion del derecho positivo en materia de *posesion* muestra, que si hay una gran diversidad de pareceres entre los juriconsultos acerca del concepto de aquella, las legislaciones no obedecen tampoco á un principio fijo que pueda servirnos para explicar la naturaleza propia de la institucion. Es posible ver en aquellas el propósito de garantizar la posesion contra un delito, contrario á la vez al derecho del poseedor y al órden público, ó el de sancionar una propiedad que se considera posible ó probable, ó el de estimarla como un complemento necesario de la proteccion debida al dominio, ó el de considerarla como si su fin fuera conservar el estado de hecho de las cosas; pero no puede ponerse en duda que el fundamento principal es en las legislaciones el mismo que tiene en la esfera de los principios: una *presuncion legal* de propiedad, que cede ante prueba en contrario (1). Por esto, no se concede al que posee en nombre de otro, ni respecto de las cosas que están fuera del comercio; por esto, segun las condiciones de la posesion, del título y del tiempo, cede la una ante la otra; por esto, ceden todas ante el dominio; y por esto, la presuncion es más ó menos atacable segun que las cosas son muebles ó inmuebles, y en ciertas circunstancias puede llegar á hacerse absoluta é irrefragable, como acontece cuando conduce á la usucapion. ¿Cuál es á su vez el fundamento de esta presuncion? El que el *jus possidendi* es uno de los que integran el total del dominio, en cuanto es condicion necesaria para el mantenimiento de la propiedad, condicion precisa para el ejercicio de todos los demás derechos, y por lo mismo la muestra exterior más manifiesta del dominio (2). Por ello la ley, donde la ve, la protege considerando que el hacerlo es un

---

(1) Segun más arriba queda notado, el Código portugués dice: «la posesion produce en favor del poseedor la presuncion de propiedad, que puede ser más ó ménos atendible conforme á las circunstancias» (477).

(2) La *exterioridad y visibilidad* de la propiedad, como dice Ihering, que llama á la posesion *reducto avanzado* de la propiedad.

complemento necesario de la proteccion debida á la propiedad (1), como dice Ihering, para facilitar al propietario la prueba de este derecho particular, con abstraccion del total de propiedad de que se deriva (2). Pero claro es que esta presuncion puede aprovechar y aprovecha de hecho al no propietario (3), en cuanto desligada la posesion del dominio, puede producir sus efectos la presuncion sin ser cierta, y de aquí el *jus possessionis* que, no obstante tener su fundamento racional en el *jus possidendi*, se diferencia radicalmente de este en que subsiste por sí, constituyendo un derecho que se ha llamado por algunos *similar* del dominio y tambien *cuasi dominio* (4).

Pero decimos que esa presuncion es el fundamento *principal* de la doctrina legal de la posesion, porque no es el único, en cuanto no basta á explicar la consagrada en los Códigos. En todos se reconoce la distincion esencial entre el juicio de propiedad y el de posesion, ó entre el petitorio y el posesorio, y en todos se protege al poseedor de mala fe contra los ataques violentos que vengán á perturbarle en la posesion, y claro es que ninguna de estas dos cosas podia tener lugar si se partiera tan solo de tal supuesto; no la primera, porque deberia admitirse en todo caso y desde luego al dueño la prueba de su mejor derecho; y no la segunda, porque la existencia de la mala fe destruye *ipso facto* la presuncion de propiedad.

(1) El histórico es otro, segun vimos en el t. 1º, p. 86.

(2) «La posesion es, por tanto, la expresion efectiva de un derecho, absoluto ó parcial, sobre la cosa, y lleva en sí misma el sello de este derecho: tiene los mismos limites que él.» (Lehr, *Droit civil germanique*, § 38.)

«La posesion de las cosas corporales engendra una pretension legal de la existencia de un derecho de propiedad de que ella es manifestacion.» (Aubry y Rau-  
*ob. cit.*, § 182.)

Pueden consultarse sobre esta materia los importantes tratados de Savigny y de Ihering.

(3) Ihering observa que el que la proteccion de la ley pueda llegar á favorecer al que no es propietario, es una consecuencia lamentable, pero imposible de evitar, al modo que los ladrones y estafadores se aprovechan del valor que se ha dado á los títulos al portador para facilitar la prueba, ó al modo que otros se aprovechan del principio que declara ejecutorias las sentencias definitivas, aunque pueden ser injustas.

(4) Algunos jurisconsultos limitan la denominacion de *cuasi-dominio* á la posesion que reúne los requisitos necesarios para que competa al poseedor la accion *publiciana*.

Esto prueba cómo entran por mucho en la materia las consideraciones de orden público, que algunos juriconsultos han considerado como fundamento único de la posesion. Si los Códigos han hecho suyo el principio preconizado por el derecho canónico: *spoliatus ante omnia restituendus*, es porque no se puede autorizar que nadie se haga justicia por su mano; y si algunos autorizan al poseedor para rechazar la fuerza con la fuerza, es porque lo consideran como una consecuencia del derecho de legítima defensa.

Por último, aunque ha desaparecido en parte la confusion á que daban lugar las clasificaciones de la posesion en corporal y de ánimo, natural y civil, justa é injusta, posesion y cuasi posesion (1), porque algunas de estas denominaciones las entendia cada autor á su manera, no resulta todavia una nomenclatura clara y exacta de los distintos casos que pueden ocurrir. En nuestro juicio, la posesion debe dividirse en *natural* y *jurídica*, segun que no suponga relacion alguna de propiedad ó que la suponga. Es la primera, que deberia llamarse *tenencia*, la que tienen en cosa agena el depositario, el comodatario, el mandatario, el administrador, etc.; en cuanto ninguno de estos pretende tener en la cosa ni dominio ni ningun derecho real y todos poseen en nombre de otro. La *jurídica* ó civil puede ser *justa* ó *injusta*, segun que se funde en título bastante, ó en uno que no lo sea ó bien se carezca de él; y la injusta es de *buena fe*, cuando el poseedor no sabe que su título no es suficiente, y de *mala fe*, cuando lo sabe ó ha entrado en posesion oculta ó violentamente (*vi aut clam*). Puede tambien

---

(1) «La distincion entre la posesion y la cuasi-posesion, tal como la hizo el derecho romano, es inútil, pues que la posesion en sí misma no es un hecho físico, sino que designa una relacion de la voluntad con un objeto cualquiera de derecho susceptible de un ejercicio prolongado. Se sigue de aquí tambien que varias personas pueden adquirir la posesion de un mismo objeto, ya como coposeedores, ya para *fines diferentes*, cuando el objeto es considerado bajo distintas relaciones de utilidad y de derecho. Así cabe que uno posea la cosa como propietario y otro como usufructuario ó como locatario (conforme al Código prusiano). El mismo derecho romano se vió obligado á dar relativamente á un objeto una doble posesion bajo relaciones diferentes al atribuir en la prenda (*pignus*), al acreedor la posesion con los interdictos posesorios (*possessionem ad interdicta*) y al que ha constituido la prenda la posesion para la usucapion (*possessionem ad usucapionem*).» Ahrens, *Derecho natural*, § 59.



distinguirse la posesion *jurídica*, segun que se derive de un *dominio* presunto ó de un *derecho real* presunto.

Claro es que los efectos de la posesion, los derechos que consiguientemente confiere y el grado de proteccion que merece, han de variar segun los casos. La natural ó *tenencia* no produce efectos propios, porque el que la tiene posee en nombre de otro y no puede efectuar otras acciones que las que á éste competen. La *jurídica* debe alcanzar en todo caso (1) proteccion por medio de los interdictos, cualquiera que sea el derecho que se presume es su fundamento; y segun que sea justa ó injusta, de buena ó mala fe, ha de producir distintos efectos respecto de los frutos, daños, gastos, mejoras y tambien en cuanto á la posibilidad de adquirir la cosa por usucapion. La posesion *jurídica justa* confiere al poseedor todos los derechos que tiene el dueño, menos el de reivindicacion (2), y hé aquí por qué debe considerarse el *jus possessionis* como un derecho real independiente, en cuanto puede subsistir separadamente del dominio y producir por sí efectos jurídicos de propiedad, aunque radica esta en principio en otra persona, la cual, ejercitando la accion reivindicatoria, puede recabar en toda su plenitud el ejercicio de cuantos derechos están incluidos en aquella.

---

§ 3º—*Usufructo, uso y habitacion*.—Por qué no deben denominarse servidumbres personales.—Concepto del usufructo que dan los Códigos modernos y critica del mismo.—Diferencias entre él y el arrendamiento.—Observaciones sobre la doctrina legal referente al usufructo.—Uso y habitacion.

No damos á estos derechos la denominacion de *servidumbres personales*, con que aparecen todavía en alguno que otro Código (3), porque implicaria que entre ellos y las llamadas *ser-*

---

(1) Algunos Códigos la niegan cuando el demandado ha tenido la cosa del mismo demandante: *vi, clam aut precario*.

(2) El Código de Argovia dice en su art. 441: «El que posee de buena fé una cosa, puede á voluntad servirse de ella, consumirla y destruirla.» declaracion que trae á la memoria la definicion que otros hacen del derecho de propiedad.

(3) Los de Berna y Lucerna.

*vidumbres reales*, habia una base ó naturaleza comun que no existe. Dícese que las servidumbres en sentido lato son «derechos reales en virtud de los cuales una persona está autorizada para sacar de la cosa de otro cierta utilidad» (1); pero esto verdaderamente cabe decirlo lo mismo del censo, de la hipoteca, etcétera, puesto que allí donde hay una limitacion de las facultades del dominio, es evidente que se establece en beneficio de alguien que no es el propietario. Y al mismo tiempo que no es exacta esa supuesta característica comun, las diferencias entre el usufructo y las servidumbres son esenciales y quizás más señaladas aún que las que lo separan de otros derechos reales, en cuanto el primero es por necesidad temporal, radica en una persona determinada y supone la existencia de un solo prédio, mientras que las segundas son perpétuas, suponen la existencia de dos fincas y competen al dueño de una de ellas en el hecho de serlo y quienquiera que él sea (2).

Nada más fácil á primera vista que dar el concepto del usufructo, y sin embargo, las diferentes definiciones que hallamos en los cuerpos légales, las contradicciones en que incurreren y la dificultad que encuentran los jurisconsultos al tratar de distinguirlo de otras instituciones, muestran que no lo es tanto como parece. Los más de los Códigos siguen en este punto al derecho romano, segun el cual es el usufructo: *jus in rebus alienis utendi et fruendi, salva rerum substantia*. Así el de Napoleon y los que le copian, lo definen (art. 578) diciendo que «consiste en el derecho de gozar de cosas cuya propiedad pertenece á otro, como el propietario mismo, pero con la carga de conservar la sustancia de aquellas» (3). El austriaco (artículo 509): «el derecho de gozar sin ninguna limitacion de una

(1) Aubry y Rau, *ob. cit.*, § 225.

(2) Aunque por lo comun, la percepcion de frutos es propia del usufructo, no puede señalarse como característica, porque puede darse tambien en la servidumbre, como cuando uno tiene el derecho de sacar arena de un prédio ajeno para aplicarla á la explotacion del propio, ó el de tomar leña en un bosque ó llevar sus ganados á un monte, pero en cuanto es dueño de una finca. En estos casos, áun cuando hay percepcion de frutos, constituye ésta un derecho de servidumbre y no de usufructo.

(3) El italiano añade: «así en la materia como en la forma» (477).

cosa cuya propiedad pertenece á otro, conservando su sustancia.» El de Berna se separa ya algo, puesto que dice (art. 461): «derecho de usar de la cosa de otro exclusivamente y conforme á su naturaleza;» y lo propio acontece con el de Prusia (parte 1<sup>a</sup>, tít. 21, art. 22), que lo llama «derecho de uso perfecto, ó el derecho de servirse de una cosa como un buen padre de familia; sin otra limitacion.» Finalmente, los de Baviera y Portugal son los que más se apartan de la definicion tradicional, puesto que el primero lo define (lib. 2<sup>o</sup>, cap. 9, § 1<sup>o</sup>): «el derecho de utilizar la propiedad ajena;» y el segundo (art. 2197): «derecho de convertir en utilidad propia el uso ó producto de la cosa ajena, mueble ó inmueble.» Pecan las primeras de estas definiciones en dos conceptos: en cuanto conservan el *salva rerum substantia* de los romanos, y en cuanto asimilan el derecho de goce del usufructuario al que tendria el propietario. Los mismos Códigos ponen de manifiesto ambos errores, puesto que, de un lado, á seguida consideran posible y regulan el usufructo sobre cosas fungibles, sin tratar siquiera de salvar la contradiccion, llamándole *cuasi-usufructo*, como hacian los romanos (1); y de otro, entran en una porcion de pormenores respecto de los frutos y productos que puede hacer suyos el usufructuario y hasta dónde llega su facultad de trasformar la cosa, para hacerla compatible con el *salva rerum substantia*, cuando en el propietario son absolutos uno y otro derecho. Por eso nos parecen más exactas las definiciones de los Códigos bavaro y portugués, sobre todo la del último, pues la del primero, á fuerza de ser concisa, resulta sobrado genérica.

En cambio, todos están conformes en reconocer que la propiedad radica en otra persona; esto es, que el usufructo es un *jus in re aliena*, haciendo así innecesarias las averiguaciones á que se entregaban los juristas acerca de si era una

---

(1) El Código austriaco sale de la dificultad, diciendo (510): «las cosas fungibles no son objeto de usufructo; sólo su valor es susceptible de serlo.»

La preocupacion del *salva rerum substantia* se ha puesto de manifiesto al tratar de resolver si cabia el usufructo en las minas, pues, por ejemplo, no cabe dentro de la definicion del Código francés y sí dentro de la del portugués.

servidumbre ó una parte del dominio (1). Pero siendo un derecho real y radicando en tanto en otra persona el dominio, ¿cómo es que tratándose de cosas fungibles, pasa este al usufructuario? Porque lo lleva consigo la naturaleza de la cosa, y al modo que el mútuo y el comodato no dejan de ser sustancialmente iguales, aunque por el uno se adquiriera la propiedad de la cosa y por el otro únicamente el uso, lo propio sucede aquí, pues aun cuando en un caso se trate de cosas de que no es posible disfrutar sin consumirlas, y en otro no, en ambos hay de por medio un valor de cuya utilidad se ha de aprovechar temporalmente una persona, el usufructuario, y á la postre y definitivamente otra, el dueño.

Fácil es señalar las diferencias que separan el usufructo de las servidumbres prediales, segun hemos visto más arriba, y tambien lo es, aun cuando no tanto, mostrar las que lo distinguen del censo (2), pero no sucede lo mismo respecto del arrendamiento. A primera vista, como por lo comun el usufructo es vitalicio y el arrendamiento por breve tiempo, aquel gratuito y éste oneroso, el uno pendiente de la vida del individuo y el otro no, y derecho real siempre el primero y personal con frecuencia el segundo, parece que no cabe confundirlos; mas como puede suceder que el arrendamiento sea largo y aún perpétuo y

---

(1) Era esto debido á la denominacion de *nuda propiedad* que se daba á la de dueño, partiendo del supuesto de que el dominio comprendia dos solos derechos: el de disponer, que correspondia al propietario, y el de gozar, que tocaba al usufructuario. El jurisconsulto Paulo (L. 25, *princ.*, ff., de *verb. signif.*), decia: «recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cum ususfructus alienus est; quia ususfructus non dominii pars, sed servitutis sit, ut via et iter; nec falso dici totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius esse.» Es verdad que en otro lugar (L. 4, ff., de *usufructu*), dice: «usufructus in multis casibus pars dominii est;» pero esto puede entenderse en el sentido en que un jurisconsulto francés dice que «el usufructuario es propietario de su derecho de usufructo.» Evidentemente todo el que tiene un derecho real es propietario de él.

(2) El censalista, cuando lo que tiene es un derecho real y no el dominio útil, se parece al usufructuario en que el derecho de aquél consiste en gozar de los frutos de la cosa; pero se diferencia en que alcanza sólo á una parte de ellos, y parte fija, y no la totalidad; en que el derecho del usufructuario es por esencia temporal, mientras que el del censalista, segun algunas legislaciones, puede ser perpétuo, y además, en que en un caso es el usufructuario quien ejercita el derecho de trasformacion, mientras que en el otro lo ejercita el censatario y no el censalista.

hereditario, que por el usufructo se pague un cánon anual (1), y, según acontece ya hoy en muchos países, que el primero constituya un verdadero derecho real por virtud de su inscripción en el Registro (2), viene á resultar que la única diferencia sustancial consiste en el carácter personalísimo que es peculiar del usufructo, por virtud del cual hasta el temporal concluye por la muerte del usufructuario aún cuando no haya trascurrido el tiempo por que se constituyó, mientras que el arrendamiento se trasmite por regla general á los herederos (3).

No entra en nuestro plan exponer la doctrina legal respecto de los modos de constituirse y extinguirse el usufructo y de los derechos y obligaciones del usufructuario, que es la misma en todos los Códigos con leves diferencias. Baste notar dos puntos: uno, que algunos, con el fin de evitar que se eluda la prohibición de las sustituciones fideicomisarias, determinan que el usufructo puede hacerse en favor de una ó más personas simultánea ó sucesivamente, pero siempre que existan al tiempo de hacerse efectivo el derecho del primer usufructuario (4); y otro, que el usufructo dejado á una persona jurídi-

(1) El caso es raro, pero posible, dice un jurisconsulto francés, desde el momento en que los Códigos modernos declaran que sólo á falta ó insuficiencia del título constitutivo, regirán las disposiciones legales, y por consiguiente cabe estipular el pago de un cánon ó renta.

(2) Es de notar que el Código prusiano (1ª parte, tit. 21, 1-10) dice que el derecho de gozar de las cosas de otro constituye un derecho real, si el usufructuario ó usuario está en posesión de la cosa; así que en tal caso el cambio de propietario no viene en daño de su derecho, pero si no tiene tal posesión, aquél no es más que personal contra el actual propietario, salvo el usufructo legal del padre sobre los bienes de los hijos menores. Y una cosa análoga vienen á declarar casi todas las legislaciones modernas al exigir la inscripción del usufructo en el Registro de la propiedad.

(3) En Dinamarca se confunden el usufructo y el arrendamiento á veces, y se aplican á éste las reglas de aquél.

En Inglaterra no es fácil tampoco separarlos. Existe el usufructo vitalicio, ya convencional, que es por la vida del mismo usufructuario (*for life*) ó por la de otro (*pur autre vie*), ya legal, como el que tiene el marido en ciertos bienes de su mujer cuando ésta muere (*by the curtesy of England; jus curialitatis Angliae*); y también el temporal (*for years*), que es un verdadero arrendamiento como el llamado *at will* ó sea sin plazo fijo. La diferencia esencial entre el vitalicio y el temporal consiste en que aquél es un *freehold* y forma parte de los bienes *reales*, mientras que éste, aunque sea por mil años, es un *chattel* y forma parte de los bienes *personales*; y por eso sólo al primero se le da la *seisin*, la posesión civil.

(4) Código portugués, 2190; Holandés, 805; Soleure, 809.

cá se extingue á los cien años en España y Zurich, ó los sesenta en Baviera, á los treinta en Francia, Italia, Portugal, Holanda, etc.

Por último, los Códigos regulan el *uso* y la *habitacion*, que no son sino dos usufructos en que está limitado el derecho de gozar, señalando la única diferencia que es corolario de su misma naturaleza; esto es, que así como el usufructuario puede enajenar el ejercicio de su derecho, ni el usuario ni el que tiene el de *habitacion* pueden hacerlo (1).

---

§ 4º—*Censos*.—Instituciones incluidas bajo esta denominacion.—Escaso favor que han merecido los censos á los legisladores modernos.—Su estado actual en los principales países.—Utilidad de esta institucion.

Incluimos bajo la denominacion de *censos* todas aquellas instituciones, conocidas con distintos nombres segun los países, que atribuyen á una persona un derecho real en un inmueble, cuyo dominio pertenece á otro que lo posee, y que consiste tan solo en la percepcion de una renta ó cánon, en numerario ó en especie, siendo por tanto una limitacion del derecho de goce ó disfrute que radica en el propietario. Así pues, no entran en esta categoría, ni aquellas que, suponiendo la division del dominio en directo y útil, son formas de la propiedad *dividida*, no de la *limitada*, como sucede aún en algunos pueblos con la *enfiteusis* (2); ni tampoco el *arrendamien-*

---

(1) Realmente debian entrar aquí otros derechos de disfrute, como los de pasto, cuando existen sin relacion á otro prédio; pero, por lo general, recaen sobre bienes comunes y nos ocuparemos de ellos en otro lugar. El Código francés dice en el mismo capítulo en que se ocupa del uso, que el de los sotos y montes lo regulan leyes particulares (636). El Código portugués trata del derecho de pasto á seguida del usufructo y ántes de las servidumbres; pero es de notar que consis- tiendo aquél (2262) en la comunidad de pastos en prédios pertenecientes á diversos propietarios, es una verdadera servidumbre. El referente á terrenos públicos, pertenecientes á las parroquias, á los municipios ó al Estado se rige, por las leyes administrativas (2263).

(2) El Código austriaco hace esta distincion (arts. 357-359), pues á seguida de dividir la propiedad en plena é imperfecta y decir que segun las diferentes relaciones que se den entre el propietario y el usufructuario, los bienes se llaman feudos, *enfiteusis* ó arrendamientos hereditarios, declara, según hemos visto más arriba, que las demás cargas, como las rentas territoriales, los censos, etc., no menoscaban la integridad de la propiedad.

to, aún cuando revista el carácter de derecho real, porque en este caso es el poseedor quien lo tiene en cosa ajena, al contrario de lo que acontece en los censos.

El escaso favor que estos han merecido á los legisladores modernos se revela bien en el Código Napoleon. Dígase lo que se quiera, el contexto de los artículos 543 y 2118 muestra muy claramente que sus autores les dieron escasa importancia al no consagrarlos al lado del usufructo y de la servidumbre y al no incluirlos entre las cosas hipotecables; y no es menos elocuente la circunstancia de que, si la enfiteusis fué pasada en silencio, del censo *reservativo* solo se ocupa en el art. 530, intercalado en el título, en que figura, despues de promulgado este, y el *consignativo* lo regula con el nombre de *constitucion de renta* en el capítulo correspondiente al préstamo con interés y de la *renta vitalicia*, como uno de los contratos aleatorios. Que era esto efecto de la preocupacion, á la sazón reinante, de suponerlos erróneamente nacidos todos ellos del régimen feudal, lo prueba lo sucedido en aquellos pueblos que con posterioridad han publicado sus Códigos civiles. Unos, como el portugués, forma con el de Napoleon un señalado contraste en este punto, y aún los países que han adoptado el francés ó calcado sobre él el suyo, se apartan no menos del mismo en este respecto, como sucede con Bélgica, Holanda é Italia.

Los censos hoy existentes son, ó continuacion de los antiguos, ó trasformacion, ya de las varias formas antes conocidas de la propiedad dividida, ya del derecho más ó ménos precario que los cultivadores de la tierra tenían en esta, y por virtud de la cual el dominio útil ó el mero derecho real han sido sustituidos por la propiedad ó dominio sin otra limitacion que el pago del cánón al antiguo dueño.

En Francia, segun el art. 530 «toda *renta* establecida á perpetuidad como precio de la venta de un inmueble ó como condicion de la cesion del mismo á título oneroso ó gratuito, *es esencialmente redimible*. Sin embargo, se autoriza al acreedor para ajustar las cláusulas y condiciones de la redencion. Puede tambien estipular que el reembolso no podrá hacerse sino despues de cierto término, el cual nunca habrá de exce-

der de *treinta años*, siendo nula toda estipulación en contrario.» Segun el 1909 y siguientes (capítulo del préstamo con interés), se puede estipular un interés mediante la entrega de un capital que el prestamista se obliga á no exigir, en cuyo caso el préstamo toma el nombre de *constitucion de renta* (censo consignativo). Puede ser aquella perpétua ó vitalicia, siendo en el primer caso *esencialmente redimible*, aunque es dado á las partes estipular que no se redimirá en un plazo dado, el cual no ha de exceder de diez años, ó sin avisar al acreedor con la anticipacion que se convenga. El deudor puede ser obligado á la devolucion del capital si cesa de cumplir sus obligaciones durante dos años, ó si no da al prestamista las seguridades ofrecidas, y tambien en caso de quiebra. Por último, la *renta vitalicia* puede establecerse mediante la cesion de un inmueble (1).

En Italia (arts. 1978 y siguientes), se puede estipular una renta ó prestacion anual, en dinero ó en especie, perpétua ó vitalicia, mediante la cesion de un inmueble (*renta territorial* ó censo reservativo), ó la entrega de un capital que el cedente se obliga á no exigir (*renta simple* ó censo). La *territorial* trasfiere la propiedad sin que se pueda estipular lo contrario, y se regula por las leyes de la venta ó de la donacion segun que es onerosa ó gratuita. La *renta simple* ó censo ha de asegurarse con una hipoteca especial, pues de otro modo el capital puede ser reclamado. Una y otra son redimibles á voluntad del deudor, aunque cabe estipular que este no pueda hacerlo durante su vida ó en un término fijo, que no puede exceder de treinta años en las territoriales y de diez en las simples. La redencion es exigible por el acreedor en los casos determinados por el Código Napoleon, y además cuando, por efecto de enajenaciones ó particiones, la finca pasa á poder de más de tres poseedores. Tambien consagra la *renta vitalicia*.

En Portugal (arts. 1644 y siguientes), la *renda* ó censo con-

---

(1) Es de notar que al hablar de la *constitucion de renta*, no se dice que haya de darse el capital sobre un inmueble, lo cual nada tiene de extraño cuando segun el Código (529) las mismas rentas territoriales son bienes muebles



signativo puede ser perpétuo ó temporal; ambos redimibles á voluntad del censatario, pero á los veinte años de su constitucion; y el acreedor puede reclamar el capital si el deudor deja de pagar la renta durante tres. En cuanto al *censo reservativo*; el Código lo prohíbe para en adelante, declarando que los que se estipulen con ese nombre se tendrán por enfiteúticos (1).

En España existen de antiguo uno y otro censo, ambos redimibles en la actualidad, siendo de notar que el Tribunal Supremo (2) ha consagrado la doctrina de que cabe el comiso en el reservativo, y que con arreglo á la ley Hipotecaria (art. 150), siempre que por dolo, culpa ó la voluntad del censatario la finca acensuada llegare á ser insuficiente para garantizar el pago de las pensiones, podrá exigir el censalista que, ó imponga sobre otros bienes la parte del capital del censo que deje de estar asegurado por la disminucion del valor de la misma finca, ó redima el censo, mediante el reintegro de todo su capital; así como cuando sin dolo ni culpa del censatario mermare aquel hasta el punto de no bastar el rédito líquido de él para pagar las pensiones del censo, podrá optar el censatario, entre desamparar la misma finca, ó exigir que se reduzcan las pensiones en proporcion al valor que ella conservase; pudiendo á su vez el censalista exigir el aumento si despues de disminuido el valor volviera á recobrarlo (3).

En Holanda el Código incluye bajo la denominacion de *rentas territoriales* uno y otro censo (art. 784) y ambos son redimibles, sin que proceda tampoco en ningun caso el comiso por falta de pago.

En Alemania, dice Lehr (4), todos los Códigos han consa-

---

(1) Al contrario de lo que sucede en otros países donde el autorizado es el reservativo y el prohibido el enfiteútico. Se explica esta irregularidad de Portugal, en nuestro juicio, por la larga historia que allí tiene la enfiteusis ó *aforamento*, y tambien porque tal como lo regula el Código, segun veremos más adelante, no quedan ya diferencias sustanciales entre uno y otro.

(2) Véase t. 2º, p. 185, nota 4.

(3) Segun los datos de la Estadística del *Registro de la propiedad*, en España se constituyen por término medio en cada año 223 censos reservativos y 327 consignativos, tomando como base de cálculo el quinquenio de 1866 á 1870. Las enfiteusis son más numerosas, segun veremos más adelante.

(4) *Droit civil germanique*, §§ 99 á 104.

grado la supresion ó redencion de las antiguas cargas territoriales, tanto que hay juriconsultos que llegan hasta negar la facultad de establecerlas hoy, aunque los más sostienen lo contrario siempre que las *rentas territoriales* ó censos reservativos sean temporales ó, si perpétuos, redimibles, no se estipulen servicios personales y se haga pública la creacion de estos derechos mediante la inscripcion en el Registro. En cuanto al censo consignativo, continúa en Alemania con el nombre de *Rantenkauf*, constituyendo un verdadero derecho real, por lo cual el acreedor persigue al poseedor de la finca, y si ésta se destruye, el crédito se extingue (1). Por último, es de notar la renta vitalicia llamada *Leibzucht*, contrato en virtud del cual el padre cede á sus hijos sus bienes y recibe de ellos el *Altentheil* ó porcion del anciano.

En Suiza encontramos tambien ambos censos, siendo las *lettres de rente*, ó censo consignativo, de uso frecuentísimo, si bien va acompañado de la constitucion de hipoteca.

Finalmente, la emancipacion de los siervos en Rusia y las leyes sobre los *copy-holds* de Inglaterra han dado lugar á organizaciones de la propiedad de carácter verdaderamente censual (2).

Por lo que queda expuesto se ve que, á pesar de la prevencion con que en la época moderna se han mirado las instituciones censuales, no solo han sobrevivido las principales de ellas, sino que en los últimos tiempos es manifiesta la tendencia á consagrarlas; y no es extraño que así suceda, pues por lo que hace á los censos *reservativos*, una vez suprimidas algunas de sus circunstancias históricas, y sobre todo reconocida universalmente la necesidad de hacer estas cargas *redimibles*, es claro que pueden contribuir á la realizacion de lo que es un desideratum de la época moderna, esto es, la

---

(1) En lo que, como hace notar I.ehr (§ 104), se diferencia esencialmente de la *constitucion de renta* del actual derecho francés, en el que tiene un carácter puramente personal, puesto que los inmuebles hipotecados en seguridad del crédito constituyen tan solo una garantía accesoria, lo cual no es extraño cuando las mismas *rentas territoriales*, que por derecho antiguo eran derechos reales, no son hoy más que créditos moviliarios.

(2) Véase el t. 2º de esta obra, págs. 356 y 371.

gradual y pacífica trasmision de la propiedad de la tierra á manos de los que la cultivan. Y en cuanto á los *consignativos*, si bien la nueva organizacion del régimen hipotecario lo hace menos necesario que antes (1), siempre tendrá sobre el préstamo la ventaja, entre otras, de depender de la voluntad del deudor el reembolso del capital (2).

---

§ 5º—*Arrendamiento*.—Razon de incluirlo en esta seccion.—Antiguos arrendamientos.—Transformacion, en los nuevos, del derecho personal del arrendatario en derecho real.—Naturaleza del arrendamiento; diferencias entre las legislaciones respecto de la duracion.—Arrendamientos rurales y urbanos.—Facultad de subarrendar.—Remision ó reduccion de la renta en ciertos casos.—Indemnizacion por mejoras.—Modos de conclusion y causas de rescision.—Aparceria.—Principio de libre contratacion.—Tendencia general de la legislacion moderna en materia de arrendamientos.

Incluimos en esta seccion el *arrendamiento*, porque existen aún en ciertos países algunos de los antiguos que son verdaderos *derechos reales*, y porque respecto de los modernos, es manifiesta hoy la tendencia de las legislaciones á darles ese carácter, ya en absoluto, ya dentro de ciertos límites.

Por lo que hace á los primeros, encontramos en Alemania el colonato ó *arrendamiento hereditario*, análogo á la enfiteusis, pero que se diferencia de ésta, entre otras cosas, en que no puede salir de la familia del colono (3). Este tiene el pleno disfrute de la finca, y puede subarrendar, pero no enajenar ó hipotecar sino con el asentimiento del propietario, ó si éste lo negase sin motivo fundado, con la autorizacion del tribunal. Esta circunstancia y la diversidad de pareceres entre los juristas respecto de si los acreedores tienen ó no facultad para incluir este derecho en el haber del deudor, muestran bien su

---

(1) El Código de Vaud llegó á prohibir el préstamo hipotecario con interés sin duda por esto; pero una ley dictada hace pocos años lo ha autorizado sancionando el principio de libertad de contratacion. Véase Lehr, *ob. cit.*, § 103.

(2) Además, admitido el reservativo, seria inútil prohibir el consignativo, porque se llegaría á él cediendo el propietario la finca al prestamista y recibéndola luego de éste á censo reservativo.

(3) Aunque esta es la consecuencia de la teoría pura, en el hecho el colono dispone de su derecho como lo hace el enfiteuta. Véase Lehr, *ob. cit.*, § 126.

naturaleza. Hay además arrendamientos, no hereditarios, sino *vitalicios* ó *temporales*, pero que confieren asimismo un derecho real, los cuales, aún cuando se distinguen del anterior por esa circunstancia esencial, se rigen por las mismas reglas, y hasta de hecho se hacen hereditarios, porque estando obligado el dueño á indemnizar al arrendatario saliente ó á sus herederos el aumento de valor que haya adquirido el inmueble por virtud de las mejoras hechas, prefiere dejárselo al heredero del difunto (1). En Dinamarca subsiste el arrendamiento vitalicio y es más frecuente aún el hereditario. En Suecia y Noruega es también aquel de uso general y el hecho sin término fijo dura asimismo tanto como la vida del arrendatario (2).

Hoy casi todas las legislaciones vienen, en una ú otra forma, á garantizar el derecho del arrendatario de tal suerte que lo han convertido en un verdadero *derecho real*; en unos países, autorizando á las partes para estipular en el contrato, que subsistirá el arrendamiento aunque se enajene la finca; en otros, sometiéndolo á la inscripción en el Registro; y en algunos, como sucede en Francia, disponiendo la ley (art. 1743) que «si el arrendador vende la cosa arrendada, el adquirente no podrá expulsar al arrendatario cuyo arriendo conste en documento auténtico ó sea de término cierto, á menos que el dueño no se haya reservado este derecho en el contrato.» Fundándose en este artículo del Código Napoleon, Troplong hace el siguiente argumento, á nuestro juicio irrefutable. El arrendatario, dice, no puede continuar en posesion de la finca sino por una de estas dos causas: ó porque el nuevo adquirente se haya obligado personalmente con él á cumplir el contrato de arrendamiento, ó porque su derecho en la cosa arrendada sea

---

(1) Son arrendamientos vitalicios de esta clase: los *Bauerlehen* vitalicios de Hesse superior, los *Gewinngüter* del Bajo Rhin, los *Leibgedingsgüter* de Baviera y de Austria, los *Schupfleh* y *Tallehen* de Suavia, los *Todbestände* de Baden, y los *Neustiftsgüter* concedidos en Baviera por la vida del propietario. Son temporales: los *Landsiedelleihen*, usados en algunas comarcas de Hesse, los *Güter anf Llerrengunt* de Baviera y ciertas especies de *Lassgüter*. Véase Lehr, *loc. cit.*, § 128.

(2) En Austria el arrendamiento perpetuo transfiere el dominio útil, según veremos en el capítulo siguiente.

efectivamente real, es decir, absoluto, y susceptible de ser opuesto á tercero. Ahora bien, no puede ser lo primero, porque el nuevo adquirente, ni ha consentido el arrendamiento, ni ha sucedido en las obligaciones del primitivo dueño, puesto que es su causa-habiente por título singular, ni se le ha impuesto por una cláusula del contrato de venta el deber de respetar al arrendatario; luego el derecho de este no hace relacion solamente á la persona que con él ha contratado, es por tanto absoluto; y *si es absoluto, es real*, no hay término medio (1). «Esta opinion, dice en otra de sus obras (2), aunque fundada en un texto positivo, encuentra todavia, lo sé bien, oposicion de parte de muchos espíritus que se obstinan en no admitirla; no me importa, cuando el tiempo haya madurado esta cuestion, sorprenderá que una idea tan sencilla haya vencido con tanto trabajo á la rutina.» Y la verdad es que, á pesar de que los más de los escritores franceses y de los tribunales sostenian lo contrario, el tiempo, en efecto, ha venido á dar la razon á Troplong, no ya en aquellos países en que así se ha reconocido explícitamente, sino en la misma Francia, por lo menos en parte, puesto que la ley de 23 de Marzo de 1855 exige la inscripcion en el Registro de los arrendamientos cuya duracion excede de diez y ocho años (3).

(1) *Du Louage*, t. 1º, p. 9.

(2) *Du contrat de mariage*.

(3) En Portugal (arts. 1619-1622) el arrendamiento cuya fecha conste en documento auténtico, no se rescinde por la muerte del dueño, ni por la del arrendatario, ni por la trasmision de la propiedad, ya sea por título universal, ya por título singular. Si se trasmite por expropiacion por causa de utilidad pública, se rescinde prévia indemnizacion. Si por virtud de un juicio ejecutivo, los arrendamientos sujetos á inscripcion subsisten si lo fueron con anterioridad á la del acto causa de la ejecucion, y los no sujetos subsistirán por todo el tiempo estipulado. Están sujetos á la inscripcion los que excedan de un año, si se pagan las rentas anticipadas, y los que pasen de cuatro, aunque no exista ese pago anticipado. En Italia (art. 1932), se inscriben los que pasen de nueve años. En España, ántes el arrendatario, para asegurar su derecho, podia estipular que se consignaria en la escritura, caso de enajenacion, la obligacion de respetarlo, ó hipotecar la finca misma, y además no procedia la expulsion en el arrendamiento vitalicio y hereditario. Por la vigente ley hipotecaria (art. 2º, § 5º) son inscribibles los arrendamientos por seis ó más años, los en que se anticipa la renta de tres y cuando así se conviene expresamente.

En Alemania, en unas partes rige el principio romano de que «la venta rompe el arrendamiento» *Kauf brich Mieth*e, pero el arrendatario puede prevenirlo alcan-

Por lo que hace á la naturaleza y esencia propia del arrendamiento, todas las legislaciones están conformes en cuanto á la renta que se paga (1) y al disfrute de la cosa que se concede (2), pero no así en lo relativo á la duracion ó tiempo, pues

---

zando la promesa de que, caso de enajenacion, se dejará á salvo su derecho ó registrándolo; y en otras, rige el principio consignado en el art. 1743 del Código Napoleon. El art. 1095 del austriaco dice, que si el contrato se ha inscrito, «el derecho se hace real» y el adquirente debe respetarlo por todo el tiempo estipulado. Si no es real por no haberse registrado, puede el arrendatario ser expulsado previa indemnizacion (1120). Tambien cabe que lo sea, áun estando aquel registrado, en el caso de enajenacion forzosa (1121), donde, como se ve, son sacrificados los locatarios á los acreedores. En Baviera el que adquiere por titulo singular no está obligado á respetar el arriendo, salvo que se haya hipotecado la finca. En Prusia sólo se puede exigir la inscripcion del arriendo cuando así se ha pactado expresamente.

En Vaud (1243), Friburgo (1621) y Lucerna (653) se rescinde por la enajenacion, salvo estipulacion en contrario. En Tessino (850), no. En Servia (704), se rescinde tambien, salvo estipulacion en contrario, ó que se haya registrado. En Dinamarca se hace real el derecho del arrendatario por la posesion de la cosa, excepto en ciertos casos; y en todos, cuando el contrato ha sido leído en el tribunal. En Noruega, cuando excede del tiempo ordinario, se lee asimismo y se registra, adquiriendo el carácter de derecho real.

(1) Aunque á veces parecen los arrendamientos gratuitos, en realidad no lo son, sino que la renta está sustituida por ciertos beneficios que obtiene el dueño, como sucede, por ejemplo, en España.

«En algunos lugares de la Peninsula es costumbre conceder á los jornaleros tierras frescas pero no regables, destinadas ordinariamente á cereales, para que en ellas cultiven patatas por un año, no sólo sin renta alguna, sino dando el propietario al colono una fanega de trigo, porque la cava profunda que para las patatas se da á la tierra, es un beneficio cuyos efectos permanecen una porcion de años y de que participan por tanto los cereales que el dueño siembra inmediatamente despues de alzada la cosecha de patatas por el arrendatario. En tierras de regadio suele practicarse esto mismo por un solo año ó por una sola cosecha, sin percibir remuneracion especial el arrendatario, pero tambien sin pagar renta, porque hace veces de tal la labor que recibe la tierra y que sirve de barbecho para el año siguiente. En otras comarcas, v. gr., en las riberas del Ebro, los dueños de olivares suelen beneficiar directamente por sí los olivos y arrendar el suelo en que están plantados, sirviendo en calidad de precio ó renta lo que los olivos participan de las labores que el arrendatario hace y de los abonos que pone para sus cultivos anuales, con más, algunas veces, el coste del agua; suele pactarse que no han de sembrar cereales ni maiz por ser plantas muy agotadoras. En otras comarcas, v. gr., en algunas vegas del Jalon, el propietario arrienda la tierra susceptible de legumbres ó de cereales, y se reserva la explotacion de los frutales (perales etc.), plantados en él, por ser cosecha esta de grande importancia allí, y además muy aleatoria, y carecer los arrendatarios del capital que habrian menester para soportar las eventualidades de una helada ó de un pedrisco. Merced á este contrato, el dueño de la tierra beneficia el arbolado frutal como industria agricola, libre de los cuidados de la labranza (yuntas, abonos, riegos, etc.) y lo tiene perfectamente vigilado sin gastar cosa alguna en guardería rural.»—Nota de D. Joaquin Costa: *Enciclopedia jurídica* de Ahrens, tomo 3º, pág. 240.)

(2) No queremos decir con esto que sea clara y precisa la distincion entre el ar-

al paso que unos Códigos ponen un límite á éste (1), otros no lo señalan, aunque no puede menos de reconocerse que implícita ó explícitamente se considera como esencial del arrendamiento el que sea temporal. Así creemos que llevan razon los que sostienen contra Championnière y Rigaud, que en Francia los arrendamientos perpétuos son incompatibles con el art. 1709, segun el cual se concede el goce de la cosa al arrendatario *durante cierto tiempo* (2); y estimamos igual-

rendamiento y otras instituciones. Un escritor inglés (*Systems of land tenure*, pág. 79) propone esta duda: «Tal vez se diga que no es fácil distinguir entre un arrendatario y un adquirente ó comprador. Uno arrienda una finca por mil años mediante el pago de una renta ó cánou de un penique por acre. ¿No se le ha de considerar como adquirente porque ha tomado el inmueble por un término limitado y con la obligacion de pagar una renta? Añádase un penique á esta y suprímase un año, y todavía es un adquirente. Continúese este proceso hasta que llegue á pagar por cada acre 4 libras, 2 chelines y 6 peniques y solo por diez años. Entonces evidentemente es un arrendatario. ¿Cuándo tiene lugar, en el desarrollo de esta serie, la transformacion de adquirente del dominio en arrendatario?»

El Sr. Esriche escribe lo siguiente (*Diccionario*, última edicion, t. 1.º, p. 713): «Cuando uno cede ó traspassa á otro el uso, goce ó disfrute de alguna heredad para cierto tiempo y para cierto precio, ¿será este contrato constitucion de usufructo, venta ó arrendamiento? Si el precio ha de pagarse anualmente ó á plazos periódicos más cortos, es contrato de arrendamiento; y si el precio es una sola cantidad, aunque pagadera en muchas veces, será contrato de venta, y generalmente constitucion de usufructo temporal. Mas los términos en que esté concebido el contrato y la naturaleza de las cargas impuestas al cesionario servirán ordinariamente para resolver la cuestion. Cuando la expresada cesion ó traspasso se hace por toda la vida del cesionario, y éste se obliga á pagar cierta cantidad anual al cedente, hay tambien razon para dudar si hay aqui constitucion de usufructo ó simple arrendamiento; porque así como se puede hacer un arrendamiento por la vida del arrendatario mediante un precio único pagado de una vez, puede igualmente constituirse un usufructo por la vida del usufructuario mediante un precio pagadero cada año.»

(1) El Código italiano (art. 1571) pone el límite de treinta años á los de bienes rurales; los urbanos pueden arrendarse por la vida del locatario y dos años más, y los rústicos hasta por cien años, cuando son eriales y se obliga el cesionario á ponerlos en cultivo. En Valais (1453) por treinta años los rurales, y vitalicios y dos años más los urbanos. En Friburgo, por veinte aquéllos y vitalicios éstos. En Rusia, por doce los primeros y por treinta si se trata de tierras incultas. En las Islas jónicas por treinta los rurales (1567). En Francia, aunque el art. 1709 habla de *cierto tiempo*, hay quien sostiene que pueden ser perpétuos ó hereditarios; pero los más de los jurisconsultos creen que no puede pasar de noventa y nueve años ó por tres vidas, conforme al decreto de 18-23 de Diciembre de 1790, y que si se estipula por un plazo más largo, será, ó un arrendamiento que habrá de limitarse á los noventa y nueve años, ó una renta redimible con arreglo al art. 530 del Código.

(2) Sin embargo, existen los arrendamientos hereditarios, segun hemos visto, en algunos paises de antiguo, y hoy son posibles en otros, como sucede en España. Además, cuando se autorizan, como acontece en Dinamarca, por la vida del

mente que hacen bien aquellos Códigos que fijan un límite á la duracion de los arrendamientos, no porque deba ponerse trabas á la libertad de las partes contratantes, ni porque nos parezca perjudicial ó indebida la concesion de por vida ó á perpetuidad del derecho de goce ó disfrute, sino porque esta circunstancia del tiempo es la que en primer término ha de servir de base á la distincion entre el *censo*, el *usufructo* y el *arrendamiento*, puesto que si bien se mira, las otras diferencias referentes á los derechos y obligaciones de ambas partes en cada caso, arrancan, á nuestro juicio, principalmente de aquella. Bien es verdad que si la distincion entre el censo y el usufructo es llana, no solo bajo el punto de vista de la duracion, sino porque evidentemente el poseedor en el primer caso tiene el dominio, y en el segundo un derecho real, y que no lo es menos la que separa un censo perpétuo de un arrendamiento corto, se hace difícil señalar la diferencia que media entre aquel cuando es temporal, y este cuando es largo. Podria resolverse la cuestion como lo hace el Código portugués al declarar, segun veremos más adelante, que la enfiteusis temporal se tendrá por arrendamiento; pero esto no basta, pues es evidente que en realidad de verdad una concesion por 900 ó 1000 años equivale á una hecha á perpetuidad. Puede, sin embargo, admitirse el censo temporal y poner un límite á la duracion de los arrendamientos, para que el propietario, segun que quiera desprenderse del dominio y reservarse un derecho real, ó transferir éste y reservarse aquel, conceda el inmueble en uno ú otro de esos dos conceptos, determinándose consiguientemente diferentes derechos y obligaciones para ambas partes (1).

Todos los Códigos distinguen los arrendamientos *rurales* de los *urbanos*, dictando, en su consecuencia, despues de las dis-

---

arrendatario ó su mujer y cincuenta años ó la vida de dos personas, con más el derecho de pedir la renovacion por otros cincuenta años, ofreciendo un aumento de renta, se aproxima á la perpetuidad, y casi se alcanza en los *long leasehold* de Inglaterra que duran nuevecientos noventa y nueve años.

(1) Los Códigos de Valais (1452) y de Friburgo (1587) declaran terminantemente que por el arrendamiento no se trasfiere la propiedad, aunque se estipule lo contrario.



posiciones comunes á todos, las propias y especiales de cada una de esas clases. Algunos hay que, haciendo en el fondo esa misma distincion, la fundan en que en un caso se transfiera el *uso* y en el otro el *disfrute*, ó en que en el uno no se necesita la industria del hombre para utilizar la finca y en el otro es precisa, con lo cual, sobre tener que admitir un tercer género de arrendamientos que llaman *mixtos*, ó haber de declarar que, segun que predomine uno ú otro carácter, se consideran de ésta ó de aquella especie, pueden darse circunstancias en que sea difícil hacer coincidir esa clasificacion con la de rurales y urbanos, puesto que, por ejemplo, podria decirse que el aprovechamiento de los frutos espontáneos de una dehesa no exige trabajo alguno, y que en cambio el uso de un molino lo lleva naturalmente consigo (1).

No entra en nuestro propósito examinar los derechos y obligaciones que recíprocamente tienen arrendadores y arrendatarios, y que tienen mucho de comun en toda Europa, cuya legislacion en este punto se inspira en el derecho romano (2); pero necesitamos decir algo sobre ciertos extremos, tales como la facultad de ceder y subarrendar, las indemnizaciones debidas al arrendatario por las mejoras hechas, la re-

(1) Los jurisconsultos alemanes toman en cuenta la distincion entre el uso y el disfrute. El Código austriaco (art. 1091) los clasifica segun que para gozar de la cosa sea preciso ó no el trabajo del hombre, y lo mismo el de Servia (678).

(2) El derecho aleman impone más estrechas obligaciones al arrendatario en cuanto al entretenimiento del fundo, caminos, acequias, etc., y á veces debe ayudar con sus criados y con los productos naturales de la finca á llevar á cabo las reparaciones que toca hacer al dueño.

Otro punto en que se diferencian las legislaciones es el referente á la obligacion que tiene el arrendatario saliente á dejar al entrante lo necesario para poder cultivar. En Francia (arts. 1777-1778) debe aquél dejar la paja y el estiercol del año, si al tomar posesion del suelo arrendado los habia él recibido; en caso contrario, el propietario puede retener dichos productos á precio de tasacion. Lo mismo sucede en Italia (1626) y una cosa análoga en Friburgo (1603) y Tessino (869). En Alemania ha de dejar además las semillas necesarias para la siembra. En Escocia, la paja y el estiercol del año pertenecen al suelo y pasan por esto á poder del colono entrante sin que tenga derecho á indemnizacion el saliente; pero en cambio, al finar el término de su contrato, deberá aquél dejar en la finca otro tanto como lo que recibió. En algunas comarcas de Aragon, segun dice el Sr. Costa (*loc. cit.*), es costumbre que el colono abone el valor de las *sazonas*, ó sea de las labores y estiercol que encuentra en la tierra arrendada y obligarse á dejarla, al término del contrato, con determinada *sazon* (de trigo, habas, cebada, etc.), ó sea preparada con las labores necesarias para el cultivo de determinada planta.

duccion de la renta en ciertos casos, las causas de terminacion y rescision del contrato y la aparcería.

En cuanto al primer punto, todas las legislaciones dejan á la libertad de las partes contratantes el estipular sobre la facultad de subarrendar, pero se diferencian en que mientras unas, á falta de convenio, reconocen ese derecho en el arrendatario, otras, á la inversa, se lo niegan y exigen el consentimiento del dueño para que pueda ceder el arriendo ó subarrendar (1). La importancia teórica que tiene este punto radica en que, segun que se opte por una ú otra solucion, se tiende ó no á reconocer al arrendamiento el carácter de derecho real; y el interés práctico muéstrase bien claramente en el papel que hace actualmente en la cuestion agraria de Irlanda, el *derecho de traspaso (free-sale)* que se pide para el colono.

La reduccion de la renta ó su total remision la autorizan hoy los más de los Códigos cuando por caso fortuito la cosecha se pierde en todo ó en parte, consistiendo las diferencias en la mayor ó menor amplitud que se da á las causas del siniestro, y en que en algunos países depende la concesion de ese derecho de la duracion del arrendamiento; pues cuando este se ha hecho por largo tiempo, supone el legislador que se ha calculado el término medio de la renta y que quedan compensados los años buenos con los malos, lo cual parece fundado cuando se trata de disminuciones que no revisten el carácter de extraordinarias, pero no cuando de la pérdida total de los frutos y por una causa completamente anormal é imprevista (2).

Menos conformidad se observa respecto de la indemniza-

(1) El locatario tiene facultad de ceder ó subarrendar, si no se ha estipulado lo contrario, en Francia (1717), Italia (1572), Portugal (1605). Austria (1098), Sajonia (1194), Zurich (498) para los urbanos, Grissons (414). No puede hacerlo sin consentimiento del dueño en España, Prusia, Berna (836), Soleure (1119), Lucerna (633), Zurich (1524) para los rurales, Vaud (1214), Tessino (829), Neuchatel (134) y Argovia (684). En Prusia, si el dueño niega su autorizacion sin fundamento, el colono puede pedir la rescision del contrato; y en Berna, puede el locatario subarrendar, sin que sea necesario el consentimiento del dueño, cuando se desprende del contrato que se arrendó la finca para eso.

(2) En Francia (arts. 1769 y 1770), cuando la cosecha se pierde en totalidad ó en una mitad, si el contrato es por un año, la reduccion es proporcional al daño sufrido; si el plazo es mayor, no procede la remision por una cosecha, si el exceso

cion por las mejoras hechas por el arrendatario, principio que ha recibido plena consagracion en la Gran Bretaña recientemente, puesto que por la ley de 1º de Agosto de 1870 (1), dictada para Irlanda, y la de 13 de Agosto de 1875, dictada para Inglaterra, se concede ese derecho al colono, el cual puede renunciarlo estipulándolo así expresamente (2).

Y lo propio sucede en cuanto á los modos de concluir el arrendamiento y los motivos de rescision, pues aparte de los generales, como la falta de pago de la renta y el dedicar la cosa á un fin distinto del propio ó de aquel para que se dió,

---

de las anteriores alcanza á indemnizarle de la pérdida experimentada en aquélla. Lo mismo en Italia (1617 y 1618). En Portugal (1630), no tiene el arrendatario derecho á la reduccion, si no se ha estipulado. En Castilla, por las leyes de Partida, si se destruye todo el fruto, queda exento aquél de pagar la renta; si parte, puede optar entre pagarla íntegra ó abandonar la parte de cosecha salvada, descontados los gastos; si el contrato es por varios años, se compensa la pérdida de uno con las ventajas de los otros. En Austria (1104-1106), cuando no ha podido gozar de la cosa por un suceso extraordinario, como fuego, guerra, epizotia, inundacion, tempestad, falta absoluta de cosecha, no paga nada; si se ha destruido parte de la cosecha ó el valor de los frutos ha bajado más de la mitad, y el arrendamiento es por un año, se reduce una mitad; y cuando se estipula que el colono responde de los riesgos, se entiende sólo por estos la inundacion, el incendio y el granizo. En Berna (844) hay reduccion cuando por accidente se destruyen parte de los frutos y se ha convenido así. En Lucerna (642) há lugar á una reduccion proporcionada, si hay una pérdida considerable por accidente extraordinario. En Tessino (868), cuando es por un año y se pierde la totalidad de los frutos. En Vaud (1257), no procede tampoco cuando es por varios años. En Valais (1504), en los de más de dos años, si se pierde más de la mitad; si es de menos, cuando se pierde un tercio, se reduce la renta proporcionalmente. En Inglaterra, no procede la reduccion.

(1) Véase el tomo 2º, pág. 366. La ley de 1870 ha sido modificada que la de 1881, segun la cual la escala es ésta: por una renta de 30 libras (unos 3.000 reales) ó ménos, siete veces aquella; de 30 á 50, cinco; de 50 á 100, cuatro; de 100 á 300, tres; de 300 á 500, dos; de más de 500, una.

(2) El estatuto de 13 de Agosto de 1875 divide las mejoras en tres clases, segun su importancia. Si el colono es expulsado ántes de haber sacado provecho de ellas, tiene derecho á una indemnizacion proporcionada al gasto, la cual es tanto menor cuanto mayor es el tiempo que ha gozado de aquéllas. Pierde el derecho, respecto de las de la primera clase, al cabo de veinte años; de las de la segunda, á los siete, y de las de la tercera, á los tres. Este estatuto ha venido á derogar el de Gloucester (6-Eduardo—I) por el que se afirmó el principio: *quidquid plantatur solo, solo ceditur*, el cual destruyó el derecho del colono á las mejoras. En 1881, Mr. Chaplin presentó en la Cámara de los Comunes un *bill*, en el que se establecian ciertos sistemas de indemnizacion, entre los cuales podrian escoger el propietario y el arrendatario. Si no elegian ninguno, se entenderia que optaban por el de la ley de 1875.

En Portugal, segun el art. 1615, el arrendatario por menos de veinte años tiene derecho á ser indemnizado por las mejoras útiles y necesarias, aunque no hayan sido expresamente consentidas, salvo estipulacion en contrario, y se gradúa el valor de aquéllas por el aumento en la renta que de ellas resultare.

varían mucho respecto de los efectos que produce la muerte del dueño y la del colono, la enajenacion, etc., influyendo en primer término en este punto la circunstancia de que se atribuya ó no el carácter de derecho real al del arrendatario, sobre todo, por virtud de su inscripcion en el Registro (1).

Por último, el arrendamiento llamado *aparcería* está regulado especialmente en unos Códigos, en otros se trata de ella solo por incidencia al hablar de aquel en general, y en algunos se declara que se regirá por las reglas del contrato de sociedad. Claro es que de todas suertes varían no poco las condiciones de esta forma especial; pues naturalmente los derechos y obligaciones de ambos contratantes no pueden ser los mismos que en la comun y ordinaria. En otro lugar nos ocuparemos en el distinto juicio que merece la *aparcería* á los escritores y en los diferentes efectos que produce segun los países (2).

Pero como el rasgo característico de la legislacion moderna en este punto, es la consagracion del principio de libre contratacion (3), resultando así que las reglas consignadas en los Códigos son en gran parte una especie de derecho supletorio, para conocer el modo efectivo en que este contrato funciona, no basta atender á los preceptos legales; de aquí la

(1) En Francia (1742) no concluye por la muerte de ninguno de ellos; tampoco en Portugal (1619), el de fecha fija; en Zurich (1510) pueden los herederos del arrendatario dejarlo; en Vaud (1277) se rescinde por la muerte de uno ó de otro, previa indemnizacion en ambos casos; en Prusia por la del locatario, etc. Ningun Código admite tantas causas de desahucio como el de Berna, pues despues de enumerar seis en el art. 831: mal uso de la cosa, haber subarrendado sin permiso del dueño, no pagar la renta, tener que hacer reparaciones urgentes, disminucion de la garantia, pena de seis meses de prision ú otra mayor impuesta al colono y la muerte de éste, añade (832), que siempre que el dueño quiera, indemnizando al arrendatario por los daños sufridos. El de Lucerna tambien admite numerosas causas de desahucio, pero, en cambio, autoriza al arrendatario para dejar la tierra siempre que le convenga pagando al dueño la renta de un año en los rurales y la de medio en los urbanos. El derecho prusiano autoriza al inquilino á rescindir el arrendamiento pagando la renta de medio año, cuando varia su situacion personal.

(2) En Austria y Prusia se rige por las reglas del contrato de sociedad.

(3) Este principio inspiró en España el famoso decreto de las Córtes de Cádiz de 8 de Junio de 1813, restablecido por Real decreto de 6 de Setiembre de 1836 sobre arrendamientos en general y en especial sobre los de prédios rústicos, y la ley de 9 de Abril de 1842 sobre los urbanos.

importancia de las prácticas seguidas en cada país, debidas ya á la tradicion (1), ya á la iniciativa de los propietarios (2), sobre todo, por lo que hace á las oscilaciones en el importe de la renta que paga el colono (3) y á la duracion de los arriendos (4); porque es evidente que á la sombra de la mis-

(1) En algunas comarcas de España, como Asturias, los arrendamientos son en gran parte de hecho hereditarios, sin que cambien ni el colono ni la renta, mientras que en otras sucede todo lo contrario. De igual modo, en Inglaterra al lado de los arrendatarios del duque de Cleveland que vienen disfrutando las mismas fincas de padres á hijos desde los tiempos de la Reina Isabel, hay las *tenures cottagerie, at will* ó discrecionales, sometidas á las variaciones de la ley de la competencia, y cuyos efectos son desastrosos cuando no los templa la prevision ó la humanidad del propietario, como dice un escritor moderno.

(2) Como, por ejemplo, las llamadas cláusula de Lord North y cláusula de Lord Kames. Por la primera se hace el arriendo por veinte ó veinticinco años á condicion de renovarlo por otros tantos con un aumento de renta que se estipula previamente; y á la terminacion de aquéllos el colono puede pedir la renovacion, ó abandonar la finca recibiendo una cantidad igual á diez veces dicho aumento. Por la segunda, el propietario se obliga á pagar al arrendatario, al terminar el contrato, diez veces la cantidad que éste le ofrezca como aumento anual sobre la renta que venia pagando, si el dueño no accede á la renovacion sobre la base de ese aumento.

Son tambien de notar los modos de arrendar establecidos por el conde de Leicester y por Lord Tollemache en sus posesiones de Norfolk y Helmingham. El primero cede sus fincas por veinte años, pero el arriendo puede terminar á los diez y seis á peticion del colono y con el consentimiento del dueño. En tal caso se celebra otro contrato por veinte años, pagándose la renta del anterior durante los cuatro que faltan para su terminacion y en los restantes la que se estipule, Durante los diez y seis años, el colono cultiva la tierra como mejor le parezca, pero en los cuatro últimos, si no han convenido en la renovacion del contrato, está obligado á hacerlo segun el *four course system*.

Lord Tollemache se obliga á respetar á los colonos en la posesion de la tierra durante veintiun años sin aumentarles la renta, á condicion de cultivarla debidamente y hacer ciertas mejoras en una parte de ella, y al paso que el colono está facultado para dejar la finca cuando quiera, el dueño no puede quitársela sino en caso de que falte á lo estipulado. Véase: Brodrick, *English land and english landlords*, p. 373; Howard, *The tenant farmer*, y Garsonnet, *ob cit.* p. 553.

(3) Así, mientras que segun afirma M. Le Play, en París hay propietarios que escrupulizan aumentar las rentas que señalaron hace treinta años, Laveleye (*Systems of land tenure*, p. 221) muestra en un estado el aumento considerable que en Bélgica han tenido las rentas:

de 1830 á 1835	un	9,10	por 100
1835 á 1840		12,74	
1840 á 1846		5,90	
1846 á 1850		2,94	
1850 á 1856		17,14	

(4) En Francia, donde cuando se abrió la informacion agricola en 1867, se formularon quejas por lo corto del plazo de los arrendamientos, varia la duracion de éstos, segun las comarcas; así que al paso que en el N. se hacen por un tiempo de diez y ocho á veintisiete años, en Perigord son anuales y en otras por tres, seis ó nueve años. Lo propio sucede en España, pues encontramos en unas pro-

ma ley si esta consagra la libertad de contratacion, cabe que se organicen los arrendamientos de modo que produzcan efectos hasta opuestos (1), además de la influencia que en ellos pueden ejercer circunstancias de otro género, como lo prueba la distinta suerte que alcanzan los colonos en Inglaterra y en Irlanda.

vincias los anuales y en otras los perpétuos, por lo menos de hecho, siendo de notar que en 1870, segun resulta de la *Estadística del Registro de la propiedad*, sólo se inscribieron 695 arriendos por seis años ó más, de los cuales corresponden 313 á Cataluña, aunque es probable, y casi seguro, que habria muchos otros que quedaron sin registrar. En Italia acontece lo mismo: en el Piamonte y Lombardia, de nueve á diez y ocho años; en Toscana, de cinco á doce; en Nápoles, de cuatro á ocho; en Sicilia, de tres, seis y nueve; en los antiguos Estados Romanos, de seis á doce. En Bélgica, á lo más por nueve años y raras veces llegan hasta los diez y ocho, pero tampoco son frecuentes los anuales. En Holanda no suelen pasar de nueve años, salvo que se trate de terrenos eriales. En Alemania nótanse asimismo diferencias entre unas y otras provincias: en Prusia, de nueve á veinticuatro; en Baden, de nueve á doce; en Wurtemberg, de diez y ocho; en Sajonia, de seis á doce; en Hesse, de diez y ocho. En Inglaterra hay los largos arrendamientos (*long leasehold*, los vitalicios (*for life*), los de plazo fijo (*for years*) y los anuales y á discrecion de ambas partes (*at will*); pero este último es la regla general (en 1853, las tres cuartas partes eran de esta condicion), y de aquí las reclamaciones de agrónomos y economistas en favor de los largos arrendamientos. En Escocia, son generales los arrendamientos por 19 ó 21 años, y, segun Mr. Le Fort, la tierra produce en renta doble que en Inglaterra. En Rusia, generalmente son anuales y pocas veces pasan de doce años. En Suecia, Dinamarca y Noruega, son frecuentes los vitalicios y los hereditarios.

(1) Sirva de ejemplo el contraste que resulta en España entre el arrendatario del Norte y el de Castilla, sobre los cuales escribe lo siguiente D. Fermin Caballero (*ob. cit.*, págs. 31 y 87): «En las provincias del Norte, dice, señores y colonos entendieron mejor sus intereses; y el aldeano, lejos de apesarse de que sus mayores beneficiasen la caseria y la heredad ajena, ve en estas mejoras la prenda de su seguridad, el lazo indisoluble que lo une al terreno, el derecho, en fin, que le constituye condueño de la finca, haciendo imposible el desahucio para él y para sus hijos: imposible, porque si un dueño avariento y cruel lo pretendiese, á parte de las reclamaciones pecuniarias, se veria condenado por la opinion del país y abrumado bajo el peso de la pública execracion.» En cambio, del otro dice lo siguiente: «El contrato de locacion-conduccion de las tierras, comunísimo en Castilla, por ser colonos muchos cultivadores, se halla asimismo establecido en condiciones desfavorables. Hácense arrendamientos cortos, perjudicialísimos al arrendatario y al arrendador, porque disminuyen la produccion de que han de utilizarse entrambos. El propietario no quiere desprenderse de la facultad de labrar por sí, cuando le plazca, cuando se case un hijo ó cuando el alto precio de los granos le convide á extender su labor; y semejante traba ha de influir en el menor valor de la renta y en la conducta del colono, que tratará de sacar de una vez el mayor fruto posible, aunque la tierra quede deteriorada. El arriendo es además vicioso, porque no suele hermanar bien el interés de ambos contratantes, á pesar de las varias formas ideadas, en la lucha continua entre la propiedad y el trabajo.»

En cuanto al influjo que ejerce la conducta de los propietarios, basta mostrar el contraste entre la del duque de Cleveland, citado más arriba, y la de la duquesa de Sutherland, que de 1811 á 1820 expulsó las 3.000 familias de aldeanos que culti-

Como más adelante (1) hemos de ocuparnos nuevamente en este punto, nos limitaremos á decir aquí que la tendencia de la legislación moderna es en todas partes á amparar el derecho del cultivador de la tierra y á darle fijeza y permanencia. Esto significa en el continente la transformación del derecho *personal* de aquel en derecho *real*, y esto significa en la Gran Bretaña la extensión que se va dando á lo que se llama *tenant-right* (2), y más aún la solución llamada de las tres *fff* (3), propuesta por algunos para el problema agrario de Irlanda, pues si bien se mira, lo que ella implica es en el fondo la transformación del arrendamiento en una especie de censo; solución que inspira en gran parte la ley agraria (*Land Act*) de Irlanda de 1881 (4).

---

vaban sus posesiones para convertirlas en tierras de pasto, y que llegó á quemar las casas de los que se resistían á abandonarlas. M. Laveleye dice que la condición de los colonos es peor en Flandes que en Inglaterra, porque allí no influye como en esta la opinión pública en la conducta de los propietarios.

(1) En el capítulo último.

(2) Véase el t. 2º, p. 365.

(3) Porque principian con esta letra los tres términos con que se expresa: *fair rent*, renta módica ó moderada; *fixity of tenure*, fijeza del arrendamiento, y *free sale*, derecho de cesión ó de traspaso.

(4) Vamos á dar una idea de este proyecto (a) que, por la indole del problema, por el modo como se ha planteado, por el país llamado á darle solución y por otras muchas circunstancias, despierta grande interés en todos los ánimos, pues á nadie se oculta que ese conflicto de la desgraciada Irlanda es parte y manifestación del mismo que, por unos ú otros caminos, y en una ú otra forma, apunta en ciertos pueblos.

No estará demás recordar aquí que las soluciones principales, y entre las que cabe clasificar como intermedias las demás propuestas para la cuestión agraria de Irlanda, son tres: primera, la de los que sostienen el *statu quo* invocando el respeto absoluto del derecho del propietario y el principio de la libre contratación; segunda, la de los que piden la *nacionalización* de la tierra, esto es, la expropiación de toda ella por el Estado, el cual habría de indemnizar á los dueños y enajenar en condiciones favorables aquélla á los cultivadores, y tercera, la llamada de las tres *fff* explicada en la nota precedente.

El proyecto de ley está dividido en siete partes, comprendiendo en junto sólo cincuenta artículos; pero como los más de éstos aparecen subdivididos en párrafos, algunos de ellos muy extensos, resulta una ley larguísima.

En la primera se trata del *traspaso* y *duración* del arriendo y de la *indemnización por desahucio* y *por mejoras*. Se determinan ante todo las condiciones en que el colono queda facultado para enajenar su derecho, estableciendo que, salvo el consentimiento del dueño, no le es dado hacerlo sino á una sola persona; y que ha de ponerlo en conocimiento de aquél, el cual puede adquirirlo para sí en el precio en

---

(a) Proyecto era cuando escribíamos este capítulo. En el último examinaremos el estatuto tal como salió del Parlamento.

§ 6°—*Servidumbres*.—Por qué se trata aquí solamente de las llamadas servidumbres voluntarias.—Concepto en la servidumbre segun los Códigos modernos.—Casos que importa distinguir entre todos los considerados como servidumbres.

Además de las diferencias que más arriba quedan notadas

que convengan, ó, si no hay acuerdo, en el que determine el tribunal que, como luego veremos, se crea al efecto. El propietario puede resistir el traspaso cuando el adquirente carezca de medios para responder al cumplimiento de sus obligaciones, tenga malas condiciones de carácter, haya faltado ántes á sus compromisos como arrendatario ó por cualquiera otra causa razonable y suficiente; correspondiendo á dicho tribunal, en caso de discordia, resolverla. Si el arriendo está sometido á condiciones de las que se declaran más adelante *statutory*, y la venta se hace á instancia del dueño, es consecuencia del incumplimiento en algunas de ellas, salvo la de falta de pago, que el tribunal pueda conceder á aquél una indemnizacion por los daños que haya sufrido; y cosa análoga se dispone para el caso en que el propietario ó sus predecesores hayan hecho en la finca mejoras por las que no hubiesen recibido recompensa y para el en que se le deban por el colono saliente rentas atrasadas. El arrendatario que enajene su derecho, no lo tendrá á recibir compensacion por haber sido desahuciado ó por mejoras hechas; y al contrario, el que la hubiese recibido, no tiene facultad para enajenar la colonia. El que lleve una heredad conforme á la *costumbre* de Ulster, podrá traspasarla con arreglo á la misma ó á lo dispuesto en este proyecto, pero no parte segun aquélla, y parte segun éste.

Si uno la deja en legado á una sola persona, debe ser aceptada por el dueño como si el testador la hubiese vendido; si á dós ó más, ó muere intestado, puede aquel exigir que se enajene dentro de un año; si muere *ab intestato* y sin descendencia, vuelve al señor.

Si un propietario exige un aumento de renta (á no ser que para hacerlo esté autorizado por el tribunal), hay que distinguir cuatro casos. Si el colono lo acepta durante quince años, se considerará el arriendo sometido á las condiciones *statutory*, que luego se determinan. Si no lo acepta y traspasa su derecho, el señor debe pagarle, sobre el valor de la colonia, una cantidad igual á diez veces la suma que el tribunal estime que excede sobre la renta moderada la exigida nuevamente. Si no lo acepta, y se le obliga á dejar la heredad y no enajena su derecho, debe ser indemnizado como en el caso de desahucio. Por último, el colono, en vez de admitir ó rechazar el aumento, puede pedir al tribunal que señale la renta en la forma que luego se dirá.

El arrendatario, durante el término *statutory* de su arriendo, no puede ser obligado á pagar una renta mayor ni á dejar la colonia, mientras cumpla estas obligaciones: primera, pagar la renta á tiempo; segunda, no deteriorar la heredad; tercera, no impedir al dueño penetrar en la finca para sacar minerales ó piedra, cortar leña, abrir caminos ó acequias, examinar las obras que se hagan ó ejercer los derechos de caza y pesca que le correspondan; cuarta, no subdividir ó subarrendar la heredad; y quinta, no comprometer su derecho de modo que pueda ser incluido en una quiebra. Durante el término *statutory*, si el dueño quiere recobrar la finca para hacer en ella mejoras que estime tales el tribunal, puede éste acceder á ello, prévia la debida compensacion al colono.

En esta primera parte se estatuye tambien sobre dos puntos importantes: la indemnizacion por desahucio y la indemnizacion por mejoras. En cuanto á aquella, derogando lo dispuesto en la seccion 3ª de la ley de 1870, se fija, cuando la renta es inferior á 3.000 rs., en una suma que no exceda de la renta de siete años; si



entre el usufructo y la servidumbre, debemos recordar tambien

inferior á 5.000, de la de cinco; si á 10.000 de la de cuatro, y si pasa de 10.000, de la de tres. Y en cuanto á la segunda, se mantiene la contenida en la ley de 1870, confirmando facultades al tribunal para otorgarla, reducirla ó negarla.

Tiene por objeto la *segunda* parte la *intervencion del tribunal* que se crea para este asunto. Así el colono como el dueño pueden acudir ante él mientras dure el contrato, para que fije una renta moderada y equitativa (*fair rent*), debiendo considerarse como tal la que, despues de oír á ambas partes y de tomar en cuenta la localidad y demás circunstancias del caso, estime que pagaria un colono capaz de cumplir sus compromisos, salvo algunos casos particulares que se determinan. Si la renta que se fija judicialmente es igual ó menor á la que se pagaba, comenzará á regir en el año próximo. Si es mayor, regirá desde el periodo siguiente al dia en que el propietario lo haya puesto en conocimiento del colono. Si entretanto éste traspasa la heredad, aquel tendrá derecho á la indemnizacion que señale el tribunal. Cuando se señala así la renta, durante quince años se estima la colonia sujeta á las condiciones *statutory*, pero sin que pueda el dueño solicitar durante este plazo que se le devuelva la heredad para hacer mejoras en ella, ni con ningun otro motivo. El tribunal puede tambien fijar, si no hay acuerdo entre las partes, el valor de la colonia, y si el colono quiere durante los quince años enajenarla, el dueño puede adquirirla, abonando además las mejoras que aquel haya hecho con posterioridad. El término *statutory* no comenzará hasta que haya espirado el anterior, y la renta judicial, establecida por el tribunal, no podrá fijarse sino á intervalos de quince años, y habrá de pedirse en los últimos doce meses. Finalmente, cuando el tribunal estime que la conducta del dueño ó del colono no es *razonable*, está facultado para negar lo que pida, modificarlo é imponer las costas. Es de advertir que es facultativo (*optional*) el acudir á este tribunal, cuya jurisdiccion no se impone con carácter universal ni obligatorio.

En la *tercera* parte se trata de los arreglos que cabe hacer por *contrato fuera de esta ley*. El dueño y el colono pueden convenir en un arriendo por treinta y dos años ó más, el cual, una vez sancionado por el tribunal, se rige por las condiciones pactadas. De igual modo les es dado estipular un arriendo *fijo* pagando el colono un cánon (*fee farm rent*), que quedará ó no sujeto á ser modificado por el tribunal cada quince años, segun que las partes lo hayan ó no convenido, y no pudiendo el colono ser privado de la heredad, salvo por dejar de cumplir algunas de las condiciones *statutory*.

En la parte *cuarta* se dictan algunas *disposiciones complementarias* de las incluidas en las anteriores secciones: Segun la primera de ellas, si un colono traspasa su derecho sin haber recibido del dueño aviso de que se propone aumentar la renta, el adquirente puede enajenar inmediatamente la colonia y exigir del propietario la depreciacion que en su valor produzca esa circunstancia. En otra, se dispone que el arrendatario puede traspasar su derecho ántes de ser desahuciado. El que haya un juicio de desahucio pendiente, no es razon para que el tribunal deje de proceder á señalar la renta, si así se ha pedido, salvo los casos que se expresan. El colono que pague una renta superior á 15.000 rs., está facultado para celebrar contratos sin sujetarse á lo dispuesto en esta ley.

La parte *quinta* hace referencia á la *adquisicion de la propiedad por los colonos*. La comision territorial (*land comision*) queda facultada para adelantar á estos hasta dos tercios del precio en que el señor les venda la propiedad de la finca, y hasta la mitad de la cantidad pagada para quedarse con ella á censo; salvo que el cánon exceda en un 75 por 100 de la renta normal, en cuyo caso no le hace el anticipo. La comision puede servir de intermediaria entre las partes para fijar estos precios; así como tambien adquirir fincas para cederlas á los colonos que las cultivan, ya en propiedad, ya á censo; debiendo reunirse para el caso tres cuartas partes de los

lo dicho en otro lugar (1) sobre ciertas restricciones, impuestas á la propiedad en defensa de la ajena ó como consecuencia de ser colindantes los prédios, á que sin razon denominan algunos Códigos servidumbres que se derivan de la situacion de los prédios y servidumbres establecidas por la ley. Enton-

---

colonos, y que paguen tres cuartas partes de la renta. La cantidad adelantada, la reintegrará el colono, pagando á la comision durante treinta y cinco años una anualidad de un 5 por 100, rigiendo para las garantías y para la redencion de esta carga lo dispuesto en las leyes de 1870 y 1872. El adquirente no puede vender la finca sin consentimiento de la comision, mientras no esté pagada la mitad de la cantidad debida, ni tampoco subdividirla ni subarrendarla.

El Tesoro puede autorizar á la direccion de Obras públicas para adelantar dinero á las compañías y particulares que traten de adquirir eriales para ponerlos en cultivo, ó se propongan hacer trabajos de desecacion ú otros análogos, conforme al Acta de 1879 sobre préstamos para obras públicas, y de igual modo para promover la emigracion á las colonias.

En la *sexta* parte se estatuye sobre las funciones del *tribunal* y de la *comision territorial*. Es un mismo Cuerpo con dos aspectos: uno judicial y otro administrativo. Como tribunal, tendrá jurisdiccion para entender en todas las cuestiones que se susciten entre propietarios y colonos con motivo de esta ley. Si las partes están conformes, pueden someter aquellas á un juicio de árbitros. Se compone de tres miembros, debiendo uno de ellos ser ó haber sido miembro del Tribunal Supremo de Irlanda. Como *comision* tendrá la capacidad jurídica de una corporacion, pudiendo nombrar subcomisiones y todos los auxiliares que necesite, y teniendo para el cumplimiento de su cometido facultades análogas á las de la seccion de Cancillería del Tribunal Supremo.

Finalmente, en la *sétima* y última parte, se definen, segun es costumbre en Inglaterra, algunos de los términos empleados en la ley y se determinan los casos exceptuados de la misma.

Esto es, en resumen, el proyecto encaminado á resolver la cuestion que Mr. Gladstone decia ser la más difícil y compleja que habia tratado en su larga vida política. Como observará el lector, háy en él algo de cada uno de los sistemas propuestos para dar solucion al problema, pues si bien por lo general se inspiran sus autores en el llamado de las tres *fff*, al hacer voluntario el someterse al tribunal que se crea, se respeta el principio de libre contratacion; asi como al facilitar medios al colono para que adquiera la propiedad de la tierra, se inclina á lo que reclama la famosa Liga irlandesa.

De todos modos, el derecho de traspaso (*free sale*), que responde al mismo sentido que en el continente, ha conducido á declarar *derecho real* el del arrendatario, y por lo que estatuye al propósito de dar fijeza á los arrendamientos y de conseguir que los cultivadores de la tierra paguen una renta equitativa y moderada, no puede desconocerse que se aparta del criterio individualista que suele considerarse característico de la legislacion y de la politica de Inglaterra. Por esto Mr. Gladstone, al presentar este proyecto, hubo de reconocer que las circunstancias especiales de Irlanda obligaban á tomar esas resoluciones á que atribuye un carácter temporal y transitorio. Y en medio de las protestas que bien pronto han salido de la derecha y de la izquierda, al fin se aceptó el proyecto, aunque con enmiendas y aclaraciones en algunos de sus artículos, segun veremos en el capítulo último, donde examinaremos la ley tal cual fué aprobada en definitiva por el Parlamento.

(1) Cap. 6º, § 1º.

tes procuramos mostrar que eran aquellas declaraciones del límite á que llega el derecho de cada cual, no limitaciones del ejercicio de las facultades inherentes al dominio, puestas al dueño en favor de quien no lo es, que es lo característico de los derechos reales; y por ello hemos de circunscribirnos aquí á tratar de las llamadas *servidumbres voluntarias* (1).

Respecto del concepto que de estas dan los Códigos (2), encontramos una diferencia digna de ser notada. Si atendiéramos tan solo á la definicion que hacen de la servidumbre, creeríamos que todos estaban contestes en que para que exista, es necesario que haya dos prédios pertenecientes á dos distintos propietarios, y que el derecho sirva para mejor utilizar uno de aquellos, el llamado dominante. Y sin embargo, resulta luego que al paso que unos Códigos, consecuentes con el concepto dado, autorizan la constitucion de todo género de servidumbres, pero á condicion de que «se imponga en un fundo y en provecho de otro,» como dice el italiano, y «no á la persona, ni en favor de la persona,» como añade

(1) Así, por ejemplo, como el Código novísimo de Glaris se ocupa en esas restricciones en una seccion especial bajo la denominacion de *relaciones jurídicas entre inmuebles colindantes*, el capitulo que trata de las servidumbres está reducido á veintidos artículos. El báltico desenvuelve la materia en veintinueve (1089-1116). El portugués sólo consagra á las servidumbres voluntarias diez (2272-2281), y dice en el 2286: «todas las demás servidumbres denominadas de interés público ó particular, son verdaderas restricciones del derecho de propiedad, y como tales están reguladas en el lugar oportuno.» «Las servidumbres legales, dice Lehr (*ob. cit.*, § 89), son muy numerosas entre los alemanes; se distinguen esencialmente de las voluntarias ó establecidas por el hecho del hombre, en que no descansan sobre la voluntad del propietario y no constituyen una desmembracion de sus derechos. Son más bien efectos aislados de ciertas relaciones de familia ó de vecindad, de cierta colectividad de intereses, en nombre de la que el derecho de cada uno se restringe en provecho de todos. No se establecen arbitrariamente, sino que son una consecuencia de relaciones jurídicas preexistentes.»

(2) «Una servidumbre es una carga impuesta sobre una heredad para uso y utilidad de otra perteneciente á distinto propietario;» Código Napoleon, 637; Italia, 531; Vaud, 424; Friburgo, 606; Tessino, 221; Valais, 476; Neuchatel, 487. «Carga impuesta á cualquier prédio, en provecho ó servicio de otro prédio perteneciente á dueño diferente; el prédio sujeto á la servidumbre dicese *sirviente*, y el que se utiliza de ella *dominante*;» (Código portugués, 2267). Segun el Código austriaco (473), se llama servidumbre predial toda la que «va unida á un inmueble para hacer más cómodo ó más provechoso el goce del mismo,» y en el 474 dice: «las servidumbres prediales suponen dos propietarios territoriales, uno de los cuales, el obligado, posee el fundo sirviente, y el otro, propietario del derecho, el fundo dominante.» Segun el de Prusia, la servidumbre se llama predial cuando «se ejerce en provecho de un fundo sobre otro fundo.» (Parte 1<sup>a</sup>, tit. 22; 11 y 12.)

el de Napoleon (1), otros regulan á seguida especies de este derecho que no reúnen ese requisito, como el de tomar leña ó madera, el de cazar ó pescar, etc. (2). Por esto el Código de Zurich se libra de este cargo de inconsecuencia diciendo (688): «el derecho de servidumbre pertenece al propietario del fundo dominante, y no puede ser separado de este inmueble; por excepcion, sin embargo, la servidumbre predial puede existir tambien en favor de una sociedad ó tambien de una sola persona.» Y hace esta declaracion, porque, á diferencia del derecho romano, el germánico ha admitido siempre que, áun cuando por regla general la servidumbre supone siempre una heredad dominante y otra sirviente, en casos excepcionales puede aprovechar á cierta clase de personas, como una corporacion, un convento, un pueblo ó una sociedad, que no son sin embargo propietarios de inmuebles (3).

Ahora bien: hay aquí cuatro casos que importa distinguir. En el primero se encuentra, por ejemplo, la servidumbre de paso, sea de á pié, de herradura ó carretero (*iter, via, actus*), que tiene por objeto el acceso á una finca por otra, y la cual reúne indudablemente los requisitos esenciales de este derecho. En el segundo, el mismo derecho de paso concedido, no solo al molinero, dueño del fundo dominante, sino tambien á los particulares que llevan á este su trigo á moler, el cual Bluntschli cita sin razon como ejemplo de servidumbres establecidas en beneficio de persona no propietaria, pues es evidente que el beneficiado aquí es el molinero, ó sea el dueño del prédio dominante (4). Es el tercero, cuando se concede un

(1) Código italiano, 616; Código Napoleon, 686.

(2) Prescindiendo de ciertos Códigos que dan un sentido amplio y genérico al término servidumbre, como hace el del Gran Ducado de Baden (710) el cual incluye entre las hereditarias los diezmos, las rentas y los censos.

(3) Véase Lehr, *ob. cit.*, § 90

(4) No estamos conformes con Lehr (*loc. cit.*) de que esto constituiria una excepcion con arreglo al art. 474 del Código austriaco, pues es claro que aqui hay dos propietarios territoriales, el dueño del molino y el de la finca por que se pasa; y léjos de ser preciso apelar á la definicion del Código Napoleon, que declara que la servidumbre es una carga impuesta sobre una heredad para el uso y utilidad de otra, para hacer entrar en ella este caso, basta recordar que el mismo Código austriaco dice en el art. 473 que lo es «toda la que va unida á un inmueble para hacer más cómodo ó provechoso el goce del mismo.»

derecho, como el de pasear, cojer fruta, cazar ó pescar, en un prédio al dueño de otro en concepto de tal (1), en cuyo caso hay, en nuestro juicio, servidumbre, porque son precisas dos heredades, y aunque no tiene aquella por fin inmediato el goce ó explotación de una de ellas, es indudable que por virtud de este derecho que va anejo á la misma, aumentan su utilidad y su valor (2). Y el cuarto, cuando se establecen esos derechos ú otros análogos en favor de una persona sin consideracion á cosa alguna, donde faltan las condiciones esenciales de la servidumbre, y lo que con ese nombre se constituye es realmente, segun los casos, un derecho de uso ó de arrendamiento ó una especie de censo (3). En suma: habrá servidumbre siempre que haya dos fundos y con ella aumenten los derechos del dueño del uno y disminuyan los del otro (4).

Por lo demás, unas legislaciones dan excusa atencion á esta materia (5), otras, despues de regular detenidamente las servidumbres que se derivan de la situacion de los prédios ó que establece la ley, se limitan á fijar los principios generales que rigen las voluntarias sin especificarlas (6); y ciertos Códigos

---

(1) Claro está que no entra por lo mismo en este caso, y sí en el primero, el derecho de sacar arena ó piedra del fundo sirviente para emplearlo en el dominante.

(2) No podemos admitir la razon que aducen Aubry y Rau (*ob. cit.*, § 247), diciendo que en este caso el fundo no es el *sujeto activo* del derecho, pues en ninguna circunstancia puede serlo una cosa de una relacion juridica.

(3) Por esto, como el Código Napoleon (686) autoriza la constitucion de todo género de servidumbres, pero á condicion de «que no se impongan á la persona, ni en favor de la persona, sino solamente sobre un fundo y en provecho de otro,» están divididos los juriconsultos franceses sobre si es posible establecer, á titulo de servidumbre, derechos de la naturaleza de los indicados en los casos tercero y cuarto, creyendo por nuestra parte, que, dado el texto legal, la razon está de parte de los que sostienen la negativa. (Véase Aubry y Rau, *ob. cit.*, § 247; Demolombe, lib. 2º, tit. 4º, § 674.)

(4) A veces no aparece tan clara esta relacion nacida de la existencia de dos prédios, como sucede cuando todos los vecinos de un pueblo tienen derecho á tomar leña ó madera de un bosque, y sin embargo, realmente les corresponde como propietarios del término. Por esto el Código de Rusia (458) hace en este caso la declaracion especial de que los párrocos gozan de estas servidumbres sobre los bosques de su parroquia, constituyendo como una excepcion.

(5) En este caso se encuentra Dinamarca y tambien, hasta cierto punto, Rusia é Inglaterra. En la legislacion de esta la materia referente á los *easements* tiene escaso desarrollo.

(6) Como los Códigos de Francia, Italia y Portugal.

digos, finalmente, enumeran, si no todas, las principales (1). Las más hacen la oportuna distincion entre servidumbres rústicas y urbanas, afirmativas y negativas, y todas consignan las diferencias, tan importantes por su trascendencia al modo de constituirse y de extinguirse, entre las continuas y discontinuas, las aparentes ó manifiestas y las no aparentes.

§ 7°—*Prenda y anticresis.*—Diferencia entre ellas y la hipoteca.—Diferencia entre las dos primeras—¿Son verdaderos derechos reales?—Requisitos exigidos para que nazca el derecho de prenda.—Prendas que se pueden constituir contra la voluntad del deudor, segun algunas legislaciones.—Diferencias entre estas por lo que hace á la anticresis.

La prenda, la anticresis y la hipoteca, tienen de comun el servir de garantía al cumplimiento de una obligacion, y tambien el consistir aquella en un derecho más ó ménos extenso respecto de una cosa, en lo cual se diferencian de la fianza. Pero se distinguen en cuanto en las dos primeras, la cosa pasa á manos del acreedor ó de un tercero, mientras que en la tercera continúa en poder del deudor (2); no obstante lo cual algunos Códigos comprenden bajo un nombre genérico la prenda y la hipoteca, haciendo consistir la distincion en la circunstancia de que la garantía sea un objeto mueble ó uno inmueble (3).

Asimismo no todas las legislaciones distinguen la prenda y la anticresis; pues, como luego veremos, algunas no admiten ésta, y otras la consideran tan solo como un accidente de aquella. El Código Napoleon las incluye bajo la denominacion

(1) Los Códigos de Austria, Lucerna y Servia enumeran cinco servidumbres rústicas y doce urbanas; de estas, siete afirmativas y cinco negativas.

(2) De esto es una excepcion la legislacion de Dinamarca, que distingue dos clases de prenda: la conferida y la estipulada, consistiendo la diferencia en que en la primera queda la cosa empeñada en poder del deudor y en la segunda pasa al del acreedor, siendo de notar que en este último caso, si perece, la pierde el dueño y pierde tambien su derecho el acreedor. Y tambien lo es la de Zurich, como veremos más adelante.

(3) El Código báltico, por ejemplo, bajo la denominacion de *Pfandrecht*, nombre genérico aleman que equivale á derecho de prenda en sentido lato, trata de la prenda, de la anticresis, de la hipoteca y de los privilegios sobre muebles y sobre inmuebles.

comun de *nantissement*, que define (2071): «contrato por el cual un deudor entrega una cosa á su acreedor en seguridad de la deuda,» y luego añade, que segun que aquella es mueble ó inmueble, se denomina prenda ó anticresis (1). Pero la diferencia consiste además en que la prenda es una limitacion del derecho de disponer como lo es la hipoteca, mientras que la anticresis lo es, sobre esto, del de gozar ó disfrutar. Pero ¿son ambos verdaderos derechos reales?

Que no hay conformidad en este punto, ni entre los Códigos, ni entre los juriconsultos, se ve tan solo con observar el lugar en que se ocupan en esta institucion. De los primeros, unos incluyen la prenda y la anticresis en el tratado de obligaciones, atendiendo preferentemente al contrato de que proceden, y otros en la propiedad al lado de los demás derechos reales. Y de igual modo, por lo que hace á los segundos, mientras que los franceses las consideran como de naturaleza *mixta*, entre real y personal, en cuanto son derechos que no pueden ejercitarse contra el tercero detentador, pero sí contra un tercero adquirente que no ha entrado todavía en posesion, los alemanes, como dice Lehr (2), al examinar la naturaleza mixta de estas instituciones, se han fijado más en el derecho de retencion que en la ausencia del derecho de perseguir la cosa, más en el vínculo que en ciertas condiciones existe entre el acreedor y la cosa del deudor, que en la fragilidad del mismo.

En nuestro juicio, la razon está de parte de estos; pues es evidente que así la prenda como la anticresis limitan el ejercicio de algunos de los derechos que integran el dominio: la primera, el de disponer y el de disfrutar del valor de la cosa (*abuti*), en cuanto el del acreedor consiste en *retener* ésta y en cobrar la deuda con su importe; la segunda, el de disponer y el de gozar de los frutos (*uti*), en cuanto el acreedor lo tiene á *retenerla* y á percibir aquellos en pago de los intereses de su

---

(1) El Código italiano trata de ellas en títulos independientes. El portugués divide el capítulo consagrado á los contratos de garantía en cuatro secciones: fianza, prenda, consignacion de rentas (*anticresis*) y privilegios é hipotecas.

(2) *Droit civil germanique*, § 105.

deuda primero, y despues del capital. Lo que sucede, es que tales derechos no alcanzan más extension que la propia de la naturaleza de la institucion y de su fin, que no es otro que el garantizar el pago de la deuda en un caso, y además el de los intereses en otro; pero no puede desconocerse que los derechos de *retencion* y de *preferencia* que tiene el acreedor son verdaderamente reales.

Una prueba de que lo es la prenda, es el requisito necesario de la tradicion (1) de la cosa, y que donde esta no se exige, se sustituye con la inscripcion en el Registro (2), sin que hoy se admita en ninguna parte que pueda nacer aquel derecho por la mera convencion, como sucedia en Roma (3). Así como se demuestra el límite del derecho del acreedor en la prohibicion, consignada en casi todas las legislaciones (4), de que aquel pueda quedarse con la cosa ó disponer de ella cuando llegue la época del vencimiento de la deuda, si no que se le obliga á impetrar la intervencion judicial ó á venderla en subasta pública, á fin de que sirva para garantía de aquella, y no más.

Es de notar que algunos Códigos alemanes, y tambien la legislacion inglesa, autorizan al acreedor para apoderarse de la cosa y constituirla en prenda contra la voluntad del deudo y sin la intervencion del juez, cuando los animales de uno ha-

(1) La ley que rige en Brunswick desde el 1° de Octubre de 1878, dice terminantemente en su art. 2°: «no hay prenda cuando la persona que la constituye estipula que conservará la cosa en su poder por cuenta del acreedor.»

(2) El Código de Zurich declara que la prenda como tal nace con la entrega de la cosa, pero admite la constitucion de la misma con la autorizacion del Tribunal y mediante la inscripcion en el registro público de prendas, en cuyo caso queda la cosa en poder del deudor en concepto de bien confiado. Tambien en Rusia se inscribe en ciertos casos la prenda en el registro de la propiedad.

(3) Véase en el t. 2° de esta obra, p. 300, la explicacion de este modo de nacer la prenda en Roma.

(4) En España está prohibido el *pacto comisorio* por las Partidas, pero tiene lugar la práctica por virtud de ciertos convenios que autoriza la ley. En Inglaterra, faltando el deudor al cumplimiento de su compromiso, el acreedor puede vender la prenda sin intervencion judicial, despues de dar á aquél un plazo razonable para que la redima. En Escocia se exige la intervencion judicial como en los más de los pueblos del continente. En Holanda y Servia puede el acreedor vender la prenda, sin intervencion de los Tribunales, requiriendo ántes al deudor. Y en Servia y Noruega es lícito el pacto comisorio.

En Suecia podía el acreedor pedir la investidura del inmueble dado en prenda, pero desde 1875 sólo le es dado pedir su venta y cobrar la deuda.



cen daño en la heredad de otro, ó cuando los causa un individuo. En el primer caso, el perjudicado puede retener el número de animales necesario para responder de los perjuicios ocasionados, mientras no sea indemnizado; y en el segundo, puede detener la persona misma (1). Segun otras legislaciones, como la de Prusia, el dueño del prédio solo puede en esas circunstancias entregar los animales ó el que causa los daños á la autoridad, la cual está facultada, si lo estima necesario, para retener aquellos y poner preso á éste. El Código de Zurich (art. 871), autoriza tambien á los taberneros y posaderos para tomar por sí en prenda objetos del consumidor que no paga. En cambio en Rusia está prohibido á aquellos dar bebidas con la garantía de vestidos, vajilla, productos del campo y cosas análogas, así como es nulo el préstamo hecho á seguida del juego ó para el juego, y la prenda se confisca, distribuyéndose su valor entre el denunciador, la policía y los hospitales (2).

Segun el derecho aragonés (3), el propietario de viña ó huerto, en el que causaren daño las gallinas, palomas, etc., puede retenerlas en su poder hasta que sea indemnizado por el dueño de las mismas.

Por lo que hace á la *anticresis*, unos Códigos la pasan en silencio, como sucede con varios de Suiza; otros la prohíben, como el de Vaud (4) y el de Austria (5), y otros, como los de Francia, Italia, Portugal y el báltico, la regulan aparte de la prenda, y con razon, pues hay entre una y otra las diferencias arriba señaladas (6).

(1) Código austriaco, art. 1321; Lucerna, 728; Sajonia, 489.

(2) Lehr, *Droit civil russe*, § 382.

(3) Fuero 3º, *si quadrup. pauperibus*, etc.

(4) «La prenda de una cosa inmueble ó anticresis queda prohibida» (art. 1557).

(5) Aunque Saint-Joseph incluye el de Austria entre los que la pasan en silencio, en el art. 1372 declara que la cláusula por la que se concede al acreedor el usufructo de la prenda es nula, porque en sus manos está sólo en depósito; aunque autoriza el uso del mueble dado en prenda cuando no viene en daño del deudor. En España, las dudas que ántes pudo haber respecto de su validez, no existen despues de publicada la ley de 14 de Marzo de 1856, que abolió la tasa del interés.

(6) En Inglaterra el *vivum vadium* es análogo á la anticresis é igual á ella e llamado *Welsh mortgage*. Véase Colquhoun, *ob. cit.*, §§ 1496 y 1497.

§ 8°—*Hipoteca*.—Su naturaleza en general.—Caractéres especiales que tiene en Inglaterra y Rusia.—Consecuencias de la aplicación de los principios de especialidad y de publicidad á las hipotecas voluntarias, legales y judiciales.

La hipoteca, esto es, el derecho real constituido sobre bienes inmuebles (1) en seguridad del cumplimiento de una obligación, la encontramos en todas las legislaciones, aunque en la inglesa y la rusa carezca de algunos de los requisitos que son comunes á todas las demás.

En Inglaterra, el deudor entrega la cosa en *mortgage* al acreedor, el cual por *derecho comun* la hace suya, si llegado el día en que vence la deuda, no es ésta satisfecha (2). Pero los tribunales de equidad introdujeron en favor del deudor lo que se llama *equity of redemption*, tomándola del derecho romano, según dicen los jurisconsultos ingleses, en virtud de la cual puede pedir, dentro del término de veinte años, que se le devuelva la finca pagando capital, intereses y gastos. Además, si bien antes la cosa pasaba á manos del acreedor (*mortgagee*) (3), después se admitió que continuara en las del deudor (*mortgagor*), asimilándose así á la hipoteca de los demás países (4). Queda siempre la diferencia de que mientras en estos, como en Roma, el dominio continúa en cabeza del deudor, en Inglaterra pasa, aunque de un modo condicional, al acreedor (5).

En cuanto á Rusia (6), dice Lehr (7) que los eslavos desde

(1) La excepción más importante, en este respecto, es la de los buques, los cuales, á pesar de que se consideran por todas las legislaciones, casi sin excepción, como bienes muebles, pueden ser objeto de hipoteca con arreglo á varios de los Códigos mercantiles modernos.

(2) Por esto se ha dicho que el *mortgage*, más que una hipoteca, es una especie de venta á retro, pero los juristas ingleses distinguen entre aquella y esta (*conditional or defeasible settlement or purchase*.)

(3) Por esto decía Glanville: *si non sequitur ipsius vadii traditio, curia domini regis hujusmodi privatae conventiones tueri non solet*, para evitar que se contrajeran fraudulentamente otros *mortgages*; *cum in tali casu possit eadem res pluribus aliis creditoribus tum prius tum posterius invadiari.*

(4) Otras veces en lugar de entregar la cosa, se entregan al acreedor los títulos de propiedad.

(5) Véase: *Wharton's Law Lexicon, mortgage*; y Colquhoun, *ob. cit.*, §§ 1499 y 1500.

(6) En Polonia y en las provincias bálticas el régimen hipotecario es análogo al del resto de Europa.

(7) *Droit civil russe*, § 361.

hace mucho tiempo garantizaron los créditos con inmuebles, pero valiéndose más bien de la anticresis ó el contrato pignoraticio, que de la hipoteca en el sentido moderno de esta palabra, caso en que se hallaban en la Edad media otros pueblos; y añade que los intérpretes del derecho ruso se esfuerzan por hallar un equivalente á los vocablos *Zaklad* y *Zalogh*, que no tienen los diversos caracteres distintivos de la hipoteca del resto de Europa. Pero la verdad es que ya se traduzcan por este término, ya por el de *garantía inmueble*, como hace Saint-Joseph, siempre resulta que por virtud de esa institucion queda la cosa afecta al cumplimiento de una obligación, y en consecuencia trabada ó impedida su enajenacion. El carácter más especial que presenta es quizás que, una vez constituida la hipoteca, el acreedor solo tiene derecho á hacer que se venda la finca hipotecada y percibir su importe, sin que le quede el de reclamar la cantidad que éste no alcance á cubrir, salvo pacto en contrario, pero no por virtud solo del contrato de hipoteca.

En casi todas partes es la hipoteca un accesorio de la obligación personal que garantiza. De esta regla general es una excepcion Prusia, donde al lado de la hipoteca antigua se ha creado otra nueva que es completamente independiente del crédito, llamada *deuda territorial* (*grundcskuld*) (1). M. Gide la explica de este modo (2): «toda deuda entre nosotros es personal, lo cual quiere decir que afecta, no á la persona misma (puesto que la prision por deudas ya no existe), sino al conjunto del patrimonio. Ahora bien, ¿no podria yo convenir, cuando me obligo con otro, en que el crédito de éste afectaria, no á todo mi patrimonio, sino á tal ó cual fundo de mi propiedad? En este caso, la deuda seguiria á la finca aunque pasara á manos de sucesores particulares, de igual modo que la deuda personal sigue al patrimonio cuando pasa á sucesores uni-

---

(1) En el proyecto presentado á las Cámaras en 1868 se admitia tan solo esta hipoteca, pero la ley de 1872 restableció, al lado de ella, la antigua. Véase el *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1870, p. 30-53: y el *Annuaire de Législation étrangère*, 1873, p. 208 y sigs.

(2) En el *Annuaire*, *loc. cit.*

versales. En una palabra, la deuda gravaria, no un patrimonio, sino un fundo; seria, no personal, sino territorial... El acreedor hipotecario tiene dos derechos: su crédito personal y su derecho real de hipoteca siendo aquí el derecho real el accesorio del derecho personal; mientras que, por el contrario, la *deuda territorial* no es accesoria de una personal; existe *per se*, próximamente como nuestra antigua *rente foncière*, (censo reservativo) de la cual difiere tan sólo en que es reembolsable y exigible mientras que ésta no lo era. Es verdad que las más veces la *deuda territorial* se constituirá con motivo de una obligación personal existente entre el que la constituya y el que la adquiere; pero aún en este caso diferirá de la hipoteca en que, en vez de ser lo accesorio de la obligación personal, será por completo independiente de ella; no será viciada por los vicios de la obligación personal, ni se extinguirá á consecuencia de la extincion de ésta; sino que siendo exclusivamente *territorial*, derivará toda su fuerza de la inscripción en los libros del registro, y durará todo el tiempo que dure la inscripción; constituirá, por tanto, un valor tan cierto como el fundo en que descansa, ofrecerá la seguridad de un inmueble, y será al mismo tiempo tan fácil de transmitir como un efecto de comercio» (1).

Como veremos más adelante (2), y ya queda indicado en otro lugar (3), el régimen hipotecario ha cambiado sustancialmente en todas partes por virtud de la sustitucion del sistema romano por el que se asienta más ó ménos sobre las bases de la publicidad y la especialidad. Caracterizábase aquel por la admision de hipotecas generales y tácitas al lado de las especiales y públicas, por la posible indeterminacion de los créditos y por la validez y eficacia del derecho sin el requisito de

---

(1) Por medio de la *grundschuldbrief* (cédula territorial), que se negocia como una letra de cambio.

(2) Al examinar el *Registro de la propiedad*, que es el lugar oportuno para el estudio del que impropriadamente se denomina *régimen hipotecario* por la doble circunstancia de desempeñar en él la hipoteca un papel principal y de haber sido las exigencias del crédito territorial la causa más importante de la institucion del registro.

(3) Tomo 2º, págs. 299 y sigs., cuyo contenido damos aquí por reproducido.

la inscripción. Los principios contrarios se han consagrado casi en todas partes por lo que hace á las hipotecas convencionales (1), pero no así respecto de las legales; porque, en primer lugar, subsisten los llamados *privilegios*, en unas partes como institucion distinta de la hipoteca, y en otras como verdaderas formas de ésta (2), pero de todos modos constituyendo una garantía preferente (3) sobre bienes inmuebles, á veces sin que sea necesaria su inscripción en el Registro; y además continúan en ciertos países, como en Francia, determinadas hipotecas legales excluidas de los principios de publicidad y de especialidad. Pero las más de las legislaciones, en medio de las diferencias que las separan por lo que hace al número de las que admiten (4), coinciden en someterlas

(1) En Noruega están autorizadas las hipotecas generales por convencion, y para hacerlas eficaces, se prohíbe al deudor contraer otras obligaciones que las necesarias para su subsistencia.

(2) La diferencia que establecen el Código Napoleon y otros entre el privilegio y la hipoteca, consiste en que el primero es un derecho de preferencia que da al acreedor la *calidad de su crédito* (art. 2095), mientras que la segunda es independiente de esta circunstancia. Por esto, mientras que el valor respectivo y orden consiguiente de los privilegios se determina *ex causa*, el de las hipotecas se determina *ex tempore*, y segun la regla: *prior tempore, potior jure*; así como es claro que los privilegios solo pueden existir por ministerio de la ley.

El Código portugués, en vez de exigir la inscripción de los privilegios, como previene el francés por regla general, hace consistir la diferencia entre aquellos y las hipotecas en que los favorecidos con los primeros tienen un derecho de preferencia independientemente del registro de sus créditos (art. 878), mientras que los acreedores hipotecarios han de tener sus créditos debidamente registrados (art. 888).

En España existían por derecho comun, ántes de la publicacion de la ley Hipotecaria, numerosas hipotecas legales tácitas (por razon de la calidad de las personas, por causa del interés comun ó del Estado, por el beneficio notable hecho por el acreedor al deudor y por la presunta voluntad de éste), que aparecen en las legislaciones de otros países con el nombre de privilegios.

(3) Segun el Código Napoleon (art. 2095) son preferidos estos acreedores hasta á los hipotecarios. Segun el de Holanda (art. 1180) al contrario, salvo los casos en que la ley determina expresamente otra cosa.

(4) En Francia, en favor de la mujer casada, de los menores é incapacitados del Estado, de los municipios y de los establecimientos públicos (art. 2121). En Italia, el vendedor de un inmueble y los coherederos, socios y demás coparticipes en los casos que se determinan, el menor ó incapacitado, la mujer casada y el Estado, pero este para cobrar las costas judiciales en materia criminal, correccional y de policia (art. 1969). En Portugal, la Hacienda nacional, los ayuntamientos y los establecimientos públicos; los menores, ausentes é incapacitados; la mujer casada, el cónyuge superstite, el acreedor por alimentos, los establecimientos de crédito territorial, los coherederos y los legatarios (art. 906). En España, en favor de la mujer casada, de los hijos, de los menores é incapacitados, del Estado, de las

todas á esas bases esenciales de un buen régimen hipotecario.

En cuanto á las hipotecas judiciales, en todas partes están sometidas á la condicion de la publicidad y en las más al principio de especialidad tambien. En algunas con buen acuerdo han sido sustituidas por las *anotaciones preventivas* ó *prenotaciones*, encaminadas á asegurar un derecho preexistente, aunque controvertido, y á evitar que se eluda el cumplimiento de las sentencias que dicten los tribunales. «Constituidas solamente para asegurar las consecuencias de un juicio, no declaran ningun derecho, ni menos convierten *en real* el que no tenia antes semejante carácter: no puede decirse de ellas que son el premio de la carrera, como en otra nacion se ha dicho, asimilando el empeño de los acreedores para anticiparse á obtener la anotacion al afan con que se disputa la llegada al término en las carreras de caballos: no son un favor inmerecido que se da al acreedor más exigente: no modifican el carácter de las obligaciones, cambiando las simples en hipoteca-

---

provincias y de los pueblos y de los aseguradores (art. 168 de la ley Hipotecaria). En Alemania, dice Lehr (§ 109), «de un golpe se han suprimido los privilegios sobre los inmuebles, cualesquiera que fueren su valor y su objeto, las hipotecas legales y las consentidas por mera convencion.» En Zurich (arts. 896-900), se reconocen privilegios en favor de los menores y de la mujer casada respecto de toda la fortuna de tutores y maridos. En Friburgo (art. 652) existen siete hipotecas legales: en favor del que ha consentido la redencion de un derecho real, del expropiado por causa de utilidad pública, del que ha concedido el establecimiento de una servidumbre legal, del copropietario de una pared medianera, del derecho refaccionario y de la Administracion de policia cuando ha tenido que hacer reparaciones por motivo de seguridad pública.

Análogas disposiciones se encuentran en el Código de Valais (art. 1885). En Polonia, la ley de 1825 la reconoce en favor de la mujer casada, los menores, el Tesoro, ciudades y establecimientos públicos. El Código de las provincias bálticas (arts. 1394-1410) reconoce la hipoteca *general* en favor del Estado y los municipios, hijos y menores, maridos y mujeres y la Iglesia; y *especial*, en favor del dueño de un predio arrendado, el vendedor, el acreedor refaccionario, menores é incapacitados en ciertos casos, y de los legatarios.

En Suecia no ha habido nunca hipotecas generales ni dispensadas de la inscripcion, así que la prescripcion del art. 11 de la ley de 1875, segun la cual «ninguna inscripcion de crédito puede autorizarse como no sea por cantidad determinada en metálico ó en especie» se encontraba ya en el Código de 1734. Pero, en cambio, la hipoteca legal se habia desarrollado de un modo extraordinario, como que la ley la concedia á todo acreedor. La ley nueva (art. 2º) solo la autoriza en tres casos: cuando un inmueble se vende á plazos, cuando un propietario es obligado á dar garantias en favor de un menor de quien es tutor y cuando por sentencia ejecutoria, en juicio criminal, ha sido condenado á la indemnizacion de daños y perjuicios. (Véase *Annuaire* de 1876, pág. 815.)

rias, ni hacen al Juez agente de los litigantes, compeliéndolo á que supla la negligencia del acreedor y le otorgue garantías que tal vez el deudor mismo al tiempo de obligarse no habria constituido (1).»

Prescindimos de entrar en pormenores, porque dada la importancia que hoy alcanza la materia, el hacerlo exigiria un espacio incompatible con la índole y fin de este libro (2).

---

(1) Exposicion de motivos de la ley Hipotecaria de España.

(2) Véase además lo dicho en el tomo 2º, *loc. cit.*, y en este, más adelante, el capítulo referente al *Registro de la propiedad*.