

zado de la cosa no podría tratarse de prescribirla (número 295), y aunque no hubiera gozado la posesión será ordinariamente de tolerancia, luego insuficiente para prescribir. Se entiende que no entendemos decidirla así en derecho, esto es esencialmente una cuestión de hecho; por esto es que la Corte de Casación desecha ordinariamente los recursos en esta materia; los jueces del fondo aprecian soberanamente los hechos. (1) Los primeros jueces pueden decidir que el hecho de haber llevado sus animales en un terreno para pastar puede ser alegado para establecer un derecho de coposición en el terreno. Asimismo el hecho de haber cortado bresas en terrenos incultos y haber leñado en ellos puede ser considerado como caracterizando suficientemente una posesión capaz de servir de base á la demanda. (2)

Núm. 8. De la precariedad.

1. ¿Qué cosa es la posesión precaria?

299. La expresión *posesión precaria* viene del derecho romano, pero ha cambiado completamente de significado en el derecho moderno. Entre los romanos se llamaba *precaria* la posesión de los que la habían obtenido del propietario por sus ruegos, luego como un favor que el dueño les podía retirar cuando quisiera. El posesor precario no tenía ningún derecho con relación á aquel cuya cosa tenía; gozaba de los interdictos posesorios con relación á los terceros. Conforme al art. 2236 se entendía por posesores precarios á los que poseían por otro: tales son el arrendatario, el depositario, el usufructuario y todos los que detienen precariamente

1 Denegada, 26 de Febrero de 1838 (Daloz, en la palabra Municipio, número 1579, 3.º), y 15 de Diciembre de 1824 (Daloz, en la palabra Prescripción, núm. 360).

2 Denegada, 8 de Enero de 1835 y 21 de Febrero de 1827 (Daloz, en la palabra Prescripción, núms. 484 y 219), y 20 de Mayo de 1851 (Daloz, 1851, 1, 260).

te la cosa del propietario. La posesión precaria del Código Civil no es una posesión; el arrendatario no posee, detiene la cosa á nombre del dador y por él, es el dador el que posee por su intermediario (núm. 263). Aunque los poseedores precarios no tengan más que una simple detención no se puede decir que esa detención sea precaria en el sentido romano, porque no poseen por favor, poseen en virtud de un contrato que les da un derecho contra el propietario. (1)

Hay, además, en nuestro derecho moderno detentores que se pueden asimilar á los poseedores del derecho romano. El Estado, las provincias, los municipios, pueden conceder á los particulares el goce del fundo dependiente del dominio público; esa posesión es precaria con respecto al concedente, que siempre la puede revocar; pero el concesionario tiene un derecho con relación á los terceros contra los que puede hacer valer su posesión por acciones posesorias; queda por dicho que nunca puede prescribir, puesto que el dominio público es imprescriptible. (2)

300. Los poseedores precarios "nunca prescriben, por cualquier lapso de tiempo que sea; sus herederos tampoco pueden prescribir" (arts. 2236 y 2237). Interesa mucho saber quién es posesor precario. Son, conforme al art. 2236, todos los que poseen por otro; la ley cita al arrendatario, depositario, al usufructuario; después agrega: "y todos los que detengan precariamente la cosa del propietario." Bajo el nombre de *arrendatario* la ley comprende á todos los que arriendan. (3) El depositario no detiene más que las cosas inmuebles (art. 1918); el secuestro puede tener por objeto inmuebles. Más adelante diremos que los muebles no son el objeto de imprescripción propiamente dicha; pero el que los posee á título de propietario puede oponer la máxima

1 Aubry y Rau, t. II, ps. 96 y siguientes y nota 3, pfo. 180.

2 Denegada, 11 de Marzo de 1868 (Daloz, 1871, 5, 301, núm. 14).

3 Véase un ejemplo en la sentencia de Bruselas de 23 de Diciembre de 1846 (Pasicrisia, 1847, 2, 295).

del art. 2279: *Tratándose de muebles la posesión vale por título*. Los poseedores precarios, tales como el depositario, no pueden invocar esa máxima; en ese sentido no prescriben nunca. La jurisprudencia ha hecho la aplicación del principio al secuestro y al depósito. Los antiguos autores citan una célebre sentencia del Parlamento de París de 21 de Abril de 1561, que condenó al Obispo de Clermont á restituir á la Reina Catarina de Médecis el Condado de esa ciudad, del que gozaba desde tres siglos atrás por sí y sus predecesores, porque se reconoció que el Condado se había dado en encargo en 1202 á un obispo de Clermont por Gay, Conde de Clermont, á los derechos que tenía la Reina. (1)

El Consejo de Estado aplica el mismo principio á la caja de depósitos; no puede nunca prescribir en su provecho ni en el del tesoro, cualquiera que sea el tiempo, la propiedad de las sumas que recibe en depósito; la misma palabra atestigua que posee por otro; luego á título precario. Fué sentenciado que el depósito del precio de una venta á la caja de depósitos ordenado por el prefecto tiene por efecto poner esta suma al abrigo de toda pérdida. ¿Este principio se aplica á los intereses que la caja tiene que pagar á los depositantes? Se ha sostenido en favor de la caja que los intereses quedaban bajo el imperio del derecho común, puesto que no constituyeron un depósito hecho por el depositante. Esta pretensión fué desechada por una resolución muy bien motivada del Tribunal de Havre que la Corte de Apelación ha confirmado adoptando los motivos. (2) Depositaria y deudora del capital la caja es necesariamente depositaria y deudora de los intereses en virtud del principio de que el accesorio sigue la condición del principal. La caja pretendía que se hacía propietaria de las sumas depositadas, puesto que tenía el derecho de servirse de ellas en su favor.

1 Leroux de Bretagne, t. I, p. 284, núm. 378.

2 Sentencia de 27 de Enero de 1870 (Dalloz, 1870, 3, 61), y Rouen, 10 de Agosto de 1870 (Dalloz, 1872, 5, 49).

Esto era probar demasiado, pues si se hacía propietaria del capital con cargo de restitución ya no era depositaria y, por consiguiente, podía oponer la prescripción como cualquier deudor. La verdad es que los depósitos hechos en la caja están regidos por principios especiales, pero lo seguro es que la caja no deja nunca de ser depositaria; lo que excluye toda prescripción por la deuda que nace del depósito; por consiguiente, para los intereses tanto como por el capital.

301. El acreedor prendista no puede prescribir la propiedad de la prenda. Dunod da de ello una razón decisiva; es que el acreedor tiene la cosa en nombre del deudor del que reconoce el dominio; lo que forma un obstáculo perpetuo á la prescripción. (1) Sin embargo, Dunod enseña que el acreedor que retiene una prenda después que el deudor ha pagado puede prescribir, puesto que ya no posee la cosa como prenda. (2) Esto estaba ya controvertido en el derecho antiguo; bajo el imperio del Código ya no se puede admitir que la causa de la posesión cambie por sólo que la deuda está extinguida, pues no hay otra interdicción, según el art. 2238, que una causa procedente de un tercero ó la contradicción que el detentor precario opone al derecho del propietario; y en el caso no hay contradicción ni nuevo título procedente de tercero; por tanto, el acreedor permanece lo que era, detentor precario, y, como tal, no se puede prescribir la cosa; el deudor podrá, pues, reivindicar siempre la cosa contra él. Si el acreedor enajenase la cosa el deudor no tendría contra él más que una acción personal, la que es prescriptible; no podría reivindicar contra el tercero poseedor de buena fe estando éste protegido por la máxima de que en cuanto á muebles la posesión vale título. (3)

1 Compárese el t. XXVIII de estos Principios, núm. 497.

2 Dunod, parte I, cap. XII, p. 92.

3 Leroux de Bretagne, t. I, p. 285, núm. 381, y el t. XXVIII de estos Principios, p. de D. TOMO XXXII—44

302. Los mandatarios no pueden prescribir por la misma razón; poseen, mejor dicho, detienen la cosa precariamente por el mandante. Fué sentenciado, en consecuencia, que aquel que percibió durante más de treinta años las anualidades de una renta inscrita en nombre de un tercero sin tener un título de propiedad debe ser considerado como no haber percibido estas anualidades á título de mandatario del titular de la renta; que, desde luego, la prescripción de las anualidades no fué hecha más que en virtud de un título precario; que, por tauto, el acreedor rentista puede siempre pedir la restitución. El acreedor rentista promueve por vía de reivindicación y no por acción de mandato; éste es prescriptible, el otro no lo es, porque la detención del que es portador de la inscripción es una posesión precaria. (1)

303. El principio que rige á los mandatarios se aplica á los administradores convencionales y legales. Se cita una sentencia memorable del Parlamento de Bretaña en favor del Hospital de Bourgneuf contra los Cordeleros de la misma ciudad; éstos habían recibido en depósito bienes con cargo de cuidar su administración; después de una detención de cerca de dos siglos se negaron á restituir los bienes: el Parlamento los condenó á título de detentores precarios. (2)

¿Debe aplicarse este principio al tutor? Se entiende que no prescribe los bienes del menor ó del interdicto mientras los administra; pero muchos autores enseñan que el tutor puede prescribir á partir del momento en que cesa la tutela ó á partir del momento en que dió cuenta de ella. Otros dicen que la prescripción tiene un efecto retroactivo. Troplong concluye de esto que el descargo se considera haber-

cipios, núm. 555. Compárese Denegada, 24 de Julio de 1811 (Daloz, en la palabra Prescripción, núm. 465. En sentido contrario, Troplong, núm. 480.

1 París, 31 de Diciembre de 1840 (Daloz, en la palabra Tesoro público, número 1153, 2.º)

2 Poullain du Parc, Principios de derecho francés, t. VI, p. 239, núm. 13.

se obtenido á la mayor edad y que desde aquel momento el tutor pudo comenzar una posesión útil. (1) En nuestro concepto debe decirse del tutor y de todo administrador lo que hemos dicho del acreedor prendista (núm. 301). El tutor es un detentor precario; luego según el art. 2236 nunca puede prescribir. Sólo hay excepción cuando el detentor precario ha intervertido su título; pero para que haya intervención es necesario un nuevo título procedente de un tercero ó la contradicción opuesta por el detentor precario al derecho del propietario y la cesación de la tutela, la cuenta y la prescripción de diez años no son un título nuevo ni una contradicción; lo que es decisivo. Así la acción de reivindicación contra el tutor es imprescriptible, puesto que nunca puede ser propietario de los bienes de su pupilo; pero si los enajenara el menor sólo tendría contra él una acción de responsabilidad, y esta prescribe en diez años. La jurisprudencia se pronunció en este sentido. (2) Lo que Troplong alega en favor de la opinión contraria no tiene ningún valor; son afirmaciones que sientan en principio lo que se trata de probar. La cuenta, se dice, es una intervención procedente de tercero; ¿y la prueba? La prescripción reemplaza la cuenta, dicen; ¿y la prueba? En derecho no se afirma, se aprueba.

304. El marido administrador legal de los bienes de la mujer ¿es detentor precario? Puede uno sorprenderse con esta pregunta, y más sorprende aún que esté controvertida. Si nos detenemos en ella es para poner á nuestros jóvenes lectores en aviso contra el abuso de la tradición, á la que se altera amenudo ó que se entiende mal. El texto y el espíritu de la ley no dejan ninguna duda. Bajo el régimen de la comunidad el marido tiene la *administración* de los bienes

1 Vazeille, núm. 143. Demolombe, t. VIII núm. 131. Fremerville, Tratado de la menor edad, núm. 365. Troplong, núms. 487 y 489.

2 Orleans, 31 de Diciembre de 1852 (Daloz, 1854, 2, 28). Pau, 9 de Febrero de 1857 (Daloz, 1857, 2, 81). Caen, 31 de Julio de 1858 (Sirey, 1859, 2, 97).

personales de la mujer; luego sólo es administrador; por tanto, es detentor precario; lo que decide nuestra cuestión. ¿Qué importa que su administración cese y que continúe poseyendo? Lo que caracteriza la posesión precaria es precisamente que el vicio que de ella resulta es indeleble; la posesión precaria no puede nunca servir á la prescripción, á no ser que esté intervertida, y no hay más causas de intervención que un nuevo título procedente de un tercero ó la contradicción que el detentor precario opone al propietario. Y la conclusión de la administración no es un nuevo título ni una contradicción; todo lo que resulta es que el marido está obligado á restituir los bienes; la acción personal que pertenece á la mujer es imprescriptible; la reivindicación es imprescriptible, puesto que el marido no puede prescribir.

¿Qué opone Troplong al texto de la ley? La tradición. Loyseau dice que los maridos son *señores* indistintamente de todos los bienes de sus mujeres. ¿Es esta la tradición que siguieron los autores del Código? Troplong está obligado á confesar que según la doctrina de Pothier el marido es un administrador de los propios de la mujer; pero dice que esto sólo es una comparación; el marido es siempre *señor*. Contestaremos que es un señor que no tiene más poder que el de administrar. ¿Debe añadirse que ya no se trata de esta *señoría* en el Código Civil y que el marido no es ya más que un simple administrador? El art. 1428 lo dice, y esto debiera bastar si los intérpretes tuvieran para la ley el respeto que debe tenerla. Cuando el Código dice que el marido es administrador de los propios ¿á qué viene citar á Loyseau para hacer decir al Código que el marido es señor de los propios como en derecho romano era dueño de la dote?

Troplong se apodera de este principio para inducir de él que bajo el régimen dotal el marido es siempre dueño de la dote. Y sucede que aun en derecho romano este principio

sólo era una ficción. Ficción ó no la cuestión está en saber si el Código ha mantenido la doctrina tradicional. El Código dice que el marido tiene la *administración* de los bienes dotales; luego sólo es administrador; la ficción romana sólo dejó un rastro en nuestra legislación: es que el marido tiene las acciones reales. Además el Código ignora la ficción romana. Troplong se ve obligado á confesar "que el derecho de propiedad del marido no quita á la mujer la *propiedad natural* de lo que aportó." ¿Si se preguntara al sabio magistrado lo que es esta *propiedad natural*? Sólo hay una propiedad, la que define el Código Civil; si la mujer la tiene el marido no la puede tener, y si pertenece al marido ¿cómo la tiene la mujer? (1)

305. Por igual razón los que administran los bienes de un municipio, alcaldes ó presidentes municipales, son detentores precarios; ¿cómo podrían, dice la Corte de Casación, poseer *animo domini* bienes que tienen el cargo de administrar, y adquirir por prescripción contra el municipio los derechos que tienen que conservar? La Corte ha hecho una aplicación interesante de estos principios elementales. En el caso el marido había comenzado á poseer antes de ser alcalde; el recurso se prevalecía de este hecho en favor de los esposos; la Corte contesta que la posesión del marido se convirtió en precaria á partir de su nombramiento; desde el momento en que la conservación de los derechos del municipio propietario fué confiado al marido la prescripción se ha vuelto imposible; en efecto, el detentor precario á título de administrador no podía obrar para sí contra el municipio ni para el municipio contra sí mismo. Lo mismo sucedía con la mujer común de bienes: con tal título no podía tener más derechos que su marido. (2)

1 Troplong, núms. 483 y 486. En sentido contrario todos los autores. Véanse especialmente Marcadé, t. VIII, p. 104, núm. 1 del art. 2241, y Leroux de Bretagne, t. I, p. 286, núms. 283 y 284.

2 Denegada, 3 de Agosto de 1857 (Dalloz, 1859, I, 211).

306. El art. 2236 coloca al usufructuario entre los detentores precarios. Esto es verdad en cuanto al derecho de propiedad que pertenece al nudo propietario y que el usufructuario está obligado á conservar para devolverlo al fin de su goce. Pero el usufructuario tiene también un derecho real en la cosa, derecho que está en su dominio y del que tiene, por tanto, la posesión.

El usufructuario no puede nunca adquirir la propiedad de la cosa que retiene á título precario. ¿Pasa lo mismo cuando su usufructo llega á cesar? Para el usufructuario no se puede contestar, puesto que no deja de ser detentor precario. Y lo que es verdad para el usufructuario lo es para sus herederos. En el derecho antiguo la cuestión estaba controvertida; los arts. 2236 y 2237 levantan esta duda: el usufructuario está colocado entre los detentores precarios, y el art. 2237 dice que los herederos de los que detienen la cosa por alguno de los títulos designados en el artículo precedente tampoco pueden prescribir. (1) Ya en el derecho antiguo d'Argentré y Dunod se habían pronunciado en favor de esta opinión. La jurisprudencia la consagró. (2)

307. El Código no habla más que de los usufructuarios; lo mismo pasa con los usuarios, puesto que en cuanto á la propiedad también son detentores precarios. Se debe decir otro tanto de los enfiteutas y de los superficiarios. Traducamos á lo dicho en otro lugar acerca del carácter de la enfiteusis y de la superficie. Estos principios se aplican á las comunidades usuarias. Sin embargo, la aplicación suscita algunas dificultades en cuanto á las tierras incultas y baldías.

Bajo el antiguo régimen los señores eran propietarios de los terrenos baldíos comprendidos en la señoría en virtud de la máxima feudal *No hay tierra sin señor*. Las leyes

1 Leroux de Bretagne, t. I, p. 283, núm. 376. Durantón, t. XXI, p. 384, número 243.

2 Denegada, 14 de Noviembre de 1871 (Daloz, 1871, 1 345).

de la Revolución abolieron el feudalismo y quitaron á los señores todos los bienes de que se habían apoderado por abuso de poder. Se consideró como tales los terrenos baldíos. Las leyes de 10 y 11 de Junio de 1893 contienen á este respecto las siguientes disposiciones: "Todos los bienes comunales, en general, conocidos en toda la República bajo diversos nombres de baldíos, bresas, pastos, breñales, montes, caminos, pantanos, montes y cualquiera otra denominación, son comunes y pertenecen, por su naturaleza, á la generalidad de los habitantes ó miembros de los municipios y secciones de ellas en el territorio en que están situados." Los municipios estaban autorizados á reivindicar todos estos bienes. ¿Se les podía oponer que eran usuarios y que con tal título no podían ser propietarios? La jurisprudencia constante de la Corte de Casación se pronunció contra los municipios usuarios; en efecto, las leyes de 1793 no establecen en favor suyo más que una presunción de propiedad, y esta presunción caía ante la prueba de la precariedad de su posesión: el detentor precario no puede convertirse en propietario más que por una intervención de su título. (1)

Los municipios pueden haber poseído á título de propietarios ó á título de usuarios; de ahí nueva dificultad. Esta es de hecho, pues depende de la apreciación de los actos de posesión; es de jurisprudencia que el juez del fondo tiene un poder soberano en esta materia. (2)

Si los municipios no pueden invocar el goce que ejercen á título de usuarios tiene que ser lo mismo con los habitantes que ejercen como tales un derecho del municipio. Suponemos que este derecho es un derecho de uso en un bosque: los habitantes son los que lo ejercen, cada cual en

1 Denegada, 22 de Marzo de 1825, 4 de Abril de 1826, 25 de Julio de 1831 (Daloz, en la palabra Municipios, núm. 2118).

2 Denegada, 1.º de Junio de 1824 (Daloz, en la palabra Municipios, número 2045, 1.º)

provecho suyo, pero todos en nombre del municipio; su posesión es, pues, esencialmente precaria, por larga que sea, á no ser que haya sido intervertida. (1) Los particulares pueden, pues, tener una posesión á título de propietarios, mientras que el municipio sólo puede tener una posesión precaria á título de usuarios. En derecho esto no es dudoso, cualesquiera que sean las dificultades de hecho cuando se trata de distinguir estas dos clases de posesión. Por contra un habitante del municipio puede ejercer un derecho de uso en bresos y breñales en su propio nombre, mientras que el municipio, por la generalidad de sus habitantes, ejerce el derecho de propiedad. La distinción es seguramente sutil; sin embargo, es posible en derecho, y la Corte de Angérs la aplicó. (2)

308. ¿Es la precaridad un vicio absoluto ó relativo? Los autores están acordes en enseñar que la precaridad es un vicio absoluto. (3) En nuestra opinión todos los vicios que impiden que el deudor prescriba son absolutos en el sentido de que cualquiera persona puede prevalecerse de ellos, pues todos excluyen una voluntad de poseer como propietarios; y el legislador no entendió consolidar semejante posesión. En cuanto á la precaridad hay un motivo perentorio: es que los detentores precarios no poseen realmente. Hay, sin embargo, una objeción: es que la precaridad resulta de un contrato; ¿y los terceros pueden prevalecerse de lo que pasa entre contratantes? La objeción se dirige á los autores que admiten vicios relativos. En nuestra opinión los caracteres de la posesión útil para prescribir están establecidos en interés general que legitima la prescripción; desde luego cualquiera parte interesada puede prevalecerse de ellos.

1 Tolosa, 13 de Abril de 1832 [Daloz, en la palabra Uso de monte, número 128].

2 Angérs, 28 de Mayo de 1843 [Daloz, en la palabra Prescripción, número 428], y Denegada, 4 de Diciembre de 1844 [Daloz, 1845, I, 44].

3 Durantón, t. XXI, p. 350, núm. 223 y todos los autores

II. Consecuencias de la precaridad.

309. La ley sienta en principio que los que poseen por otro y sus herederos no pueden prescribir nunca, por cualquier tiempo que sea; aunque ellos y sus herederos poseyeran durante mil años, dice Dumoulín. En efecto, el mismo título en virtud del que detienen la cosa prueba que no poseen como propietarios y que no pueden poseer como tales, puesto que consta en su título que poseen por el propietario, al que tienen que restituir la cosa que detienen sin poseerla en el sentido jurídico de la palabra. Dumoulín, al decir que una detención de mil años sería siempre precaria, decía con otras palabras lo que repite en términos más enérgicos todavía el art. 2236: los detentores precarios no prescriben *nunca, cualquiera que sea el tiempo de la posesión*. Esto es la eternidad en cuando pueden los hombres hablar de ella, puesto que los herederos suceden al vicio de su autor y lo transmiten á los suyos indefinidamente. La Corte de Nancy ha desechado la pretensión de unos municipios á la propiedad de parte del monte de Dieulet, aunque su posesión remontase al siglo XII; pero era precisamente el origen de su posesión el que atestigua en contra de ellos; el título de concesión probaba que eran usuarios; siete siglos de posesión no pudieron purgarlos de este vicio, y nunca quedará purgado, á no ser que haya interversión del título, lo que amenudo es sólo una restricción de teoría. (1)

Bigot-Prémeneu dice en la Exposición de los Motivos que la regla según la cual se es siempre presumido poseer al mismo título debe ponerse entre las principales garantías de la propiedad. (2) Esto es verdad; queda por saber si esta garantía está en armonía con el principio de la pres-

1 Marcadé, t. VIII, p. 108, núm. 2 del art. 2241.

2 Bigot-Prémeneu, Exposición de los motivos, núm. 9 (Loaré, t. VIII, página 547).