

mados á decidir si los hechos tienen el carácter probante; su decisión á este respecto es necesariamente soberana. (1) Es imposible que la Suprema Corte compruebe estas decisiones, porque son de hecho. La Corte de Apelación desecha la prueba de hechos articulados, porque los actos de posesión, suponiéndolos probados, sólo serían actos de tolerancia; puede hacerse mal en no oír los testigos, puesto que es sólo por testigos como puede establecerse el carácter de los hechos; pero nó, esto no será más que un mal juicio que la Corte de Casación no tiene misión de revisar. (2)

344. Los tribunales gozan de este poder soberano no sólo para la admisión de la prueba sino también para la apreciación de la prueba que hacen las partes interesadas. En un caso en que el Estado reivindicaba las postas que separaban unas salidas de mar la Corte de Aix desechó la reivindicación fundándose en la prescripción. En el recurso la Sala de Requisiciones pronunció una sentencia de denegada. «Visto que consta por la sentencia atacada que resulta de los títulos, instrucción, y de todos los documentos del proceso que los propietarios de las salinas d'Hyères han tenido durante más de treinta años antes de la introducción de esta instancia la posesión continuada, no interrumpida, pacífica, no equívoca, pública y á título de propietario de los terrenos reivindicados en nombre del Estado; visto que cuando se trata de apreciar los hechos constitutivos de posesión, susceptibles ó no de hacer adquirir la prescripción, las cortes de apelación tienen un poder discrecional que se substraerá á la censura de la Corte de Casación.» (3)

Se han presentado casos en que la Cámara de Requisi-

1 Denegada, 3 de Enero de 1832 (Daloz, en la palabra Prescripción, número 376, 3.º)

2 Denegada, Sala Civil, 23 de Junio de 1834, y 25 de Junio de 1842 [Daloz, en la palabra Prescripción, núms. 375 y 376].

3 Denegada, 18 de Abril de 1855 (Daloz, 1855, 1, 205). Compárese Denegada, 1.º de Agosto de 1876 (Daloz, 1877, 1, 88).

ciones ha admitido el recurso y que la Cámara Civil lo haya desechado. Hé aquí un ejemplo. La ley quiere que la posesión sea continua para que el posesor pueda prescribir, pero no ha determinado los hechos constitutivos de la continuidad. Se ha preguntado si la conservación de los vestigios de una construcción destruida constituye un acto de posesión. El silencio de la ley es decisivo; de donde resulta que los jueces del fondo tienen un poder de apreciación: ¿cómo se podría violar una ley que no existe? Luego cuando el juez que aprecia los hechos declara que los vestigios alegados que constituyen un acto de posesión no son una interpelación al propietario y no establecen la prueba de la posesión su decisión escapa á la censura de la Suprema Corte. (1)

§ V.—EXTENSION DE LA PRESCRIPCIÓN.

345. La posesión es la base de la prescripción. Hay, además, otras condiciones requeridas cuando la prescripción há lugar con título y buena fe; lo seguro es que la posesión es el elemento esencial, porque es la posesión lo que la ley quiere consolidar y al posesor al que la ley da la preferencia contra el pretendido propietario. Siendo la posesión el principio de la prescripción resulta de ahí que el efecto de la prescripción en lo relativo á su extensión también debe depender de la extensión de la posesión. De ahí el adagio tradicional: *Tantum præscriptum quantum possessum*. Hemos visto las aplicaciones en el título *De las Servidumbres* (t. VIII, núm. 236). En el derecho antiguo era de uso cotidiano porque la distinción nacida del régimen feudal entre el dominio directo y el dominio útil existía siempre entre las relaciones de vasallo á señor. Por otra parte, había

1 Denegada, Sala Civil, 14 de Marzo de 1854 [Daloz, 1854, 1, 116]. Compárese, en lo relativo á los actos de tolerancia, Denegada, Sala Civil, 2 de Diciembre de 1873 (Daloz, 1874, 1, 295).

muchos derechos sujetos á la prescripción que hoy se consideran imprescriptibles: tal era la justicia señorial, que variaba de límites según fuera alta ó baja: tales eran también los derechos concedidos á un título episcopal. Variando esos derechos de extensión la prescripción por la que se adquirirían variaba igualmente: se adquiría por la prescripción lo que se había poseído, el dominio útil, si se había prescrito contra un vasallo; de modo que el posesor reemplazaba al vasallo y sucedía á sus obligaciones al mismo tiempo que á sus derechos. Los señores habían poseído la justicia baja, no podían reclamar más que esa justicia y no los derechos de la alta justicia. Sucedió lo mismo con los obispos: adquirían por prescripción lo que habían poseído. Todo eso no es más que histórico, pero el principio ha quedado en nuestro derecho, se desprende de la naturaleza misma de la prescripción; fundada en la posesión no puede sobrepasar á la posesión. (1)

La prescripción se aplica, pues, en un sentido restrictivo. Al primer golpe de vista esto parecería extraño al objeto que perseguía el legislador; quiere consolidar las posesiones y ponerlas al abrigo de cualquier acción reivindicatoria por parte del que se pretende propietario; establecida en interés general es esencialmente favorable. ¿No es el caso para invocar el viejo adagio: *Favores ampliandi*? Nó, el derecho de los individuos domina al interés general; el interés más grande de la sociedad es que se respete el derecho; y la prescripción despoja al propietario, hace adquirir al posesor el bien ajeno; debe, pues, encerrarse en justos límites, por muy favorable que fuera. Esa es la observación de Dunod. Hé aquí por qué, dice, se tiene por máxima que la prescripción no se extiende más que precisamente á lo poseído: *Tantum præscriptum quantum possessum*. Prescribo la

1 D'Argentré, sobre el art. 271 de la Costumbre de Bretaña, en la palabra Señorial, núms. 4 y 5 (p. 1122).

propiedad de una heredad gravada de una servidumbre; el propietario del fundo dominante ha continuado ejerciéndolo mientras que yo prescribía; ¿si se cumpliera la prescripción cuál sería el derecho que hubiera yo adquirido? Sería propietario del fundo gravado con la servidumbre; el propietario de la heredad ha perdido su derecho y yo lo he adquirido; pero el fundo dominante no ha perdido el suyo, puesto que yo no lo he poseído. (1) ¿Qué pide el interés general en la especie? Que se mantenga mi posesión; lo está, pero el interés general exige también que el derecho del fundo dominante sea respetado; si se extendiera á la servidumbre la prescripción del fundo se violaría el derecho del propietario de la heredad dominante, y el respeto del derecho es el primero de los intereses, como el primer deber de la sociedad. Dunod concluye que no se puede en esa materia argumentar por idéntica razón; es decir, por vía de analogía; da este ejemplo: "El que ha prescrito un peaje sólo para peatones no lo tendrá para los ecuestres." Hé aquí un derecho que antaño prescribía y que hoy está fuera del comercio concerniente al orden público. Nuestra Constitución dice que no se puede exigir ninguna contribución á los ciudadanos más que á título de impuesto en favor del Estado, de la provincia ó del municipio; y los impuestos sólo se pueden establecer por una ley (arts. 113 y 110).

346. El principio *Tantum præscriptum quantum possessum* supone una prescripción cuya posesión es la base; luego una prescripción adquisiva. También recibe su aplicación á los derechos que posee una persona y que se pueden extinguir ó disminuir por la falta de uso. Tales son las servidumbres; en los términos del art. 708 "el modo de servidumbre se puede prescribir como la servidumbre misma y de la misma manera." La posesión puede ser invocada para adquirir un derecho, y puede servir para conservar los de-

1 Dunod, parte I, cap. IV, p. 23.

rechos que se tiene. Esa distinción es importante para la aplicación de la máxima tradicional cuyo sentido y significación hemos expuesto. D'Argentré ha hecho una observación, y seguido de él Dunod. Se debe ser exigente y difícil cuando se trata de adquirir un derecho contra el propietario, porque en ese caso la prescripción despoja al propietario y lo expropia; mientras que se debe uno mostrar fácil cuando se trata de conservar un derecho, puesto que entonces la posesión tiende á impedir que se despoje al propietario. Cuando se prescribe contra cualquiera que tenga un derecho universal compuesto de especies diferentes no se prescribe en su contra más que las especies particulares de que uno ha gozado. Dunod da un ejemplo que hace comprender bien el principio. En materia de jurisdicción el que sólo hace actos de baja justicia no prescribe ni la media ni la alta; el que no ejerce la jurisdicción más que en lo civil no la prescribe en lo criminal; el que sólo goza en el primer grado no la adquiere en el segundo; el que sólo ha poseído la jurisdicción contenciosa no ha adquirido la graciosa. No sucede lo mismo, continúa Dunod, cuando se trata de conservar el derecho universal, porque aquel á quien pertenece retiene más fácilmente la posesión que perderla. Los actos de una especie la conservan para todos los demás y por todo el género; el tercero que prescribe una especie no prescribirá las demás. (1) Es una consecuencia rigurosa del principio de que no se prescribe lo que no se posee y no se pierde por la falta de uso lo que no se posee.

Tomaremos algunas aplicaciones de la jurisprudencia moderna. Los comuneros tienen el derecho de usar de la cosa común con todas las ventajas que pueda procurar: se necesita que gocen de todos los frutos para conservar su

1 D'Argentré, sobre el art. 271 de la Costumbre de Bretaña, en la palabra Señorial, núm. 6, p. 1123. Dunod, parte I, cap. IV, ps. 23 y 24. Compárese Leroux de Bretagne, t. I, p. 247, núm. 323.

derecho? No es de la naturaleza de su derecho que lo usen según sus necesidades y sus conveniencias; con tal que los usen poseen y ejercen sus derechos y, por tanto, los conservan. La Corte de Casación lo juzgó así en una especie en que existía un derecho de propiedad común en un canal derivado de un río; algunos de los comuneros pretendían haber adquirido la propiedad contra los demás; se trataba, pues, para unos, de adquirir contra sus propietarios y para otros de conservar sus derechos; los primeros alegaban la falta de uso de los demandados durante 30 años, y los actos agresivos de invasión implicaban contradicción al derecho del copropietario. La Corte de Casación dice que la sentencia atacada había soberana y justamente juzgado que los demandados no habían hecho más que restringir, según sus convenciones y sus necesidades personales, el uso del agua llevada por el canal á sus fundos, y que bastaría con este uso para no perder, ni siquiera disminuir, sus derechos de propiedad en esas mismas aguas, no impidiéndoles nada cambiar como gusten el modo de su goce. En cuanto á los hechos de posesión exclusiva ó agresiva que alegaban los demandantes la Cámara de Requisiciones dice que esos hechos deben juzgarse con rigor porque habían tenido lugar de comunero á comunero; se puede añadir, con D'Argentré y Dunod, que no se puede admitir fácilmente que un copropietario despoje al otro, puesto que á éstos se les considera, en general, como poseyendo los unos por los otros. (1) En una sentencia posterior la Sala Civil de la Cámara de Casación resume esa doctrina diciendo que el ejercicio del derecho restringido según las conveniencias del comunero no basta para restringir el mismo derecho. (2)

347. D'Argentré hace una excepción á la regla según la cual la prescripción debe aplicarse restrictivamente. Si se

1 Denegada, 11 de Agosto de 1859 (Daloz, 1860, 1, 391).

2 Denegada, 29 de Julio de 1853 (Daloz, 1854, 1, 293).

trata de accesorios que forman un todo con la cosa principal de modo que estén inseparablemente unidos se prescribe el accesorio al mismo tiempo que el principal, aunque el poseedor sólo haya tenido una posesión especial del accesorio. Esa excepción parece destruir la regla; sin embargo, es muy jurídica, aunque sutil. Para prescribir no es necesario poseer cada parte de la cosa que se tiene. Si la cosa contiene subterráneos ó extensos graneros de los que no hay uso y en los que nunca puse un pie ¿se dirá que no los adquirí por prescripción? No se posee por separado cada parte de un edificio, lo mismo que no se posee por separado cada terrón de una tierra de cultivo; se posee la heredad conforme á sus necesidades y conveniencias y con sus accesorios cuando le son inseparables. Tal sería el aluvión: se forma imperceptiblemente, y á medida que se forma crece en el fondo y debe aprovechar al propietario ó poseedor del fundo; no se puede exigir que haga el poseedor á cada momento actos de posesión con las moléculas de tierra que se agregan á su heredad; eso sería exigir lo imposible. La fuerza de los principios domina el hecho; el accesorio sigue la condición y naturaleza del principal. (1) Pero si el derecho domina al hecho no debe ser contrario á él; Dunod precisa muy bien las condiciones bajo las cuales la posesión del principal reemplaza la posesión del accesorio. "La prescripción del principal, dice, no implica la del accesorio sino cuando son inseparables; que el accesorio es de una consecuencia necesaria al principal y que se le ha unido desde el principio de la prescripción." (2) Ese último punto es muy importante y muy delicado cuando se trata de las tierras de aluvión. No hay ninguna duda en cuanto á esas tierras ya formadas cuando comenzó la prescripción. En

1 D'Argentré, sobre el art. 271 de la Costumbre de Bretaña, núm. 13, página 1125.

2 Dunod, parte I, cap. IV, p. 24. Leroux de Bretagne, t. I, p. 249, número 324.

cuanto á los aluviones que se forman durante el curso de la prescripción el principio de Dunod recibe también su aplicación sin dificultad si el aluvión ha comenzado sólo á formarse á la unidad de una prescripción que corre; no se pueden, en ese caso, atribuir las tierras de nueva formación al poseedor, puesto que realmente no las ha poseído durante todo el tiempo requerido para la prescripción; ¿no debe aprovechar al que prescribe sin distinguir el momento preciso en que se han formado? Se podría sostener eso en virtud del principio de la accesión y fundándose en que el aluvión se forma imperceptiblemente. Sin embargo, preferimos la opinión más rigurosa de Dunod. El aluvión, aunque se haga de un modo imperceptible, puede muy bien distinguirse de las tierras que acrecenta. Y el poseedor que comienza á prescribir en 1877 no posee los aluviones formados en los años siguientes durante el curso de la prescripción; luego no los puede adquirir por prescripción.

Cuando las diversas partes de la cosa no forman un mismo todo no hay duda, se poseen y prescriben separadamente. Aquel que, dice Dunod, no hubiera poseído más que la mitad de una heredad sólo habría prescripto esa mitad. El principio se aplica á los desmembramientos de la propiedad. Se puede adquirir una servidumbre por prescripción; en ese caso la prescripción no se extiende más allá del derecho que el poseedor ha ejercido.

348. ¿Se puede prescribir la propiedad del subsuelo sin prescribir la superficie? El art. 552 dice que la propiedad del suelo implica la propiedad del subsuelo y de éste á título de accesorio; pero no se debería concluir que el subsuelo sea inseparable del suelo. Sin duda el poseedor de la superficie posee regularmente el subsuelo; en ese caso se aplica el principio del accesorio. Pero puede suceder que el subsuelo este poseído separadamente; desde luego habrá

lugar á una prescripción separada. La ley misma lo dice: en los términos del art. 553 un tercero puede adquirir la propiedad por prescripción, ya sea subterránea bajo la construcción de la obra, ya de cualquiera otra parte de la construcción. Nos trasladamos á lo dicho en el título *De la Propiedad*. Se ha juzgado que el uso durante treinta años de un albañal establecido bajo la casa del vecino por conductos no edificados en esa casa adquiere la propiedad del albañal; queda por dicho que la posesión deberá reunir los caracteres determinados por el art. 2229; especialmente debe ser pública. (1)

349. ¿Pueden prescribirse unos árboles separadamente del huerto en que están plantados? Hay un motivo de duda: los árboles son el accesorio del suelo en el que toman su alimento y fuera del que no pueden existir. El accesorio, en este caso, parece de tal modo inseparable del principal que no se concibe prescripción distinta. Además, el árbol, considerado como separable del suelo, es un mueble, y los muebles no se prescriben en derecho francés. En fin, hay una dificultad particular en lo que se refiere á los árboles plantados en los caminos reales; éstos son imprescriptibles; ¿no debe concluirse que los árboles también no pueden ser adquiridos por prescripción? Estas dudas deben ser desechadas porque hay una ley terminante que implica que los árboles pueden ser prescriptos sin el suelo: es el decreto de 28 de Agosto de 1792 (art. 15); por tanto, que todos los árboles existentes en las plazas de las ciudades, villas y villorrios, ó en los pantanos, prados y otros bienes cuya propiedad recobran los municipios se consideran pertenecerles, sin perjuicio de los derechos que los particulares no señores pudieran haber adquirido en ellos por título ó prescripción. La ley considera, pues, que los árboles son suscepti-

1 Denegada, 22 de Octubre de 1811 (Daloz, en la palabra *Servidumbre*, número 36).

bles de prescripción aunque estén plantados en terrenos que hacen parte del dominio público de los municipios. Esto es decisivo. La Corte de Casación se pronunció en favor de la prescripción. Sienta en principio que los árboles son inmuebles, como el mismo suelo en que están plantados, mientras no se separan de éste (arts. 520, 521 y 523). Esto no es enteramente exacto, pues la venta de un corte de leña es mueble, aunque cuando la venta los árboles estén aún en pie; pero esta movilización no tiene efecto más que entre las partes, puesto que tiene lugar en virtud de un contrato; para con los terceros permanecen inmuebles mientras están ligados al suelo. (1) Según el art. 553 los plantíos se presumen hechos por el propietario del terreno y le pertenecen; pero el artículo añade que cesa esta presunción cuando se prueba lo contrario. Es, pues, posible que la propiedad de los árboles, en virtud de títulos ó de convenciones, pertenezca á otro que no es el propietario del suelo. La ley de 1792 y el decreto de 9 Ventoso, año XII, admiten que los árboles pertenecen á los ribereños de los caminos públicos. Si la propiedad distinta de los árboles puede ser adquirida por título ó resultar de la ley puede, por esto mismo, ser adquirido por prescripción, siendo el oficio de ésta suplir el título. La sentencia atacada se había prevalecido del texto del art. 553, que sólo habla de la prescripción de los plantíos; la Corte responde que según esta disposición la prescripción de propiedad de los plantíos en favor de los propietarios del suelo se desvanece en presencia de pruebas contrarias; esta prueba contraria puede ser establecida para la posesión que conduce á la prescripción tanto como para establecer la propiedad. (2)

Si los árboles existentes en un camino público pueden ser prescriptos lo mismo debe ser, y con más razón, con los

1 Compárese el t. V de estos Principios, núms. 429-432.

2 Casación, 18 de Mayo de 1858 (Daloz, 1858, 1, 218). Compárese Denegada, Sala Civil, 7 de Noviembre de 1860 (Daloz, 1860, 1, 486).

árboles plantados en un terreno privado; hay una duda menos: es que el fundo es prescriptible. La doctrina y la jurisprudencia están en este sentido. (1)

SECCION III.—*Del tiempo requerido para prescribir.*

§ I.—*COMO SE CALCULA EL TIEMPO.*

350. El art. 2260 establece el principio fundamental en esta materia: «La prescripción se cuenta por días y no por horas.» En el título *De la Prescripción* no se trata de un tiempo consistiendo en días; el tiempo es de diez, veinte ó treinta años y en las prescripciones cortas de un mes á cinco años. Pero los años y los meses se componen de horas; importa, pues, saber como se cuentan los días; esto es la base del cálculo del tiempo en materia de prescripción. Comienzo á posar el 1.º de Agosto de 1876 á las doce. ¿Corre la prescripción desde aquel momento hasta el día de la fecha, 1.º de Agosto de 1886, á las doce, si se trata de la usucapión con título de buena fe? Nó, pues, la ley dice que la prescripción no se cuenta por horas. Bajo el punto vista matemático esto sería el cálculo más exacto. Contando por días se llega necesariamente, como lo vamos á decir, á sobrepasar la duración legal de la prescripción, puesto que no se cuenta la parte del día en que comenzó la prescripción; el tiempo de ésta será, pues, de diez años, en el caso, más las seis horas del primer día que no se cuentan. ¿No era más jurídico atenerse al cálculo matemático? Sí, cuando hubiera sido posible este cálculo. Bigot-Prémeneu dice, en la Exposición de los Motivos, que una hora es un espacio de tiempo demasiado corto y que ni se pudiera determinar uniformemente. Esto es formular mal la mente

1 Leroux de Bretagne, t. I, p. 251, núm. 329. Caen, 14 de Julio de 1825 (Daloz, en la palabra Prescripción, núm. 256). Denegada, 23 de Diciembre de 1861 (Daloz, 1862, 1, 129).

de la ley. Hubiera sido muy difícil, para no decir imposible, fijar con certeza la hora en la que comenzó una prescripción. (1) ¿Se consultan las actas? Tienen fecha no de la hora sino del día. ¿Se recurre á los testimonios y tal es la regla, puesto que se trata de hechos? ¿Dónde encontrar testigos que después de veinte años ó treinta recuerden la hora en la que un hecho de posesión tuvo lugar? Habrá, pues, que renunciar á la exactitud matemática y contentarse con la prueba de que la prescripción comenzó tal día.

351. La prescripción se cuenta por día. De esto se sigue que un día no se cuenta en el cálculo del tiempo requerido para la prescripción sino cuando es completo; es decir, cuando las veinticuatro horas que lo forman han pasado. El artículo 2261 lo dice para el último día del plazo: la prescripción está adquirida cuando aquel día terminó. ¿Por qué los autores del Código han creído necesario explicarse acerca del último día del plazo? Es porque en el derecho antiguo sólo se aplicaba esta regla á la prescripción extintiva, que sólo se adquiría el último día del plazo legal terminado, mientras que bastaba que este día hubiera comenzado cuando se trataba de la usucapión por diez ó veinte años. El Orador del Gobierno dice que esta distinción era más útil que fundada en la razón. «El antiguo propietario contra el que se prescribe un fundo no está menos favorecido que el acreedor contra el que se prescribe una deuda. Es más sencillo y más justo decidir que la prescripción no es en ningún caso adquirida más que cuando terminó el último día del plazo.»

352. La ley no dice nada del primer día del plazo. Esto es por que se estaba acorde en el derecho antiguo en no comprender en el plazo de la prescripción las pocas horas del primer día en que comenzaba la prescripción; el tiempo sólo comienza á correr el día siguiente. Esta es la conse-

1 Mourlón, Repeticiones, t. III, p. 797, núms. 1920.