

tumbre. Se sentaba como principio que la prescripción es de diez años entre presentes y de veinte entre ausentes. Los autores del Código han mantenido el principio, pero calculan de un modo diferente la presencia y la ausencia. Según el derecho romano la prescripción corría entre presentes cuando el que prescribía y aquel contra quien se prescribía tenían su domicilio en la misma provincia, sin consideración á la situación del inmueble. Las costumbres reputaban presentes á los que vivían en la misma bailía. Sólo había una costumbre en la que se considerase la distancia que había entre la heredad y el domicilio de las partes. Esta disposición aislada fué la que los autores del Código tomaron como regla. Transcribimos los motivos expuestos por el Orador del Gobierno porque son muy importantes. «El objeto que se propone uno es dar al que posee mayor favor por razón de la negligencia del propietario, y esta culpa se considera más grande cuando éste está presente. Pero los que sólo se apegaron á la presencia del propietario y del posesor en un mismo lugar ó en un lugar vecino no han pensado que los actos posesorios se hacen en la misma heredad. Es, pues, por la distancia en que ésta se encuentra del propietario por lo que está en más ó menos buenas condiciones de mantener su posesión. Aménudo no recibiría noticia alguna de los vecinos del nuevo posesor. Estas leyes han sido hechas en tiempos en que el uso general era *que cada cual viviera cerca de sus propiedades*. Esta regla tuvo que cambiar con nuestras costumbres, y el deseo de la ley será llenado considerando al verdadero propietario como presente sólo cuando habitara en la jurisdicción del Tribunal de Apelacion en que está situado el inmueble.

Hay una segunda derogación del derecho antiguo: en lugar de la bailía el Código toma como punto de partida la jurisdicción de la Corte de Apelación, que es más extensa que la circunscripción administrativa del antiguo régimen.

La razón de la diferencia está en la mayor facilidad de comunicaciones que permite al propietario visitar más frecuentemente sus fincas.

419. La distinción que hace el artículo entre presentes y ausentes ¿es aplicable al Estado? Se ha sostenido, en nombre del Estado, que estaba presente donde se halla el sitio del Gobierno, y ausente en otros lugares. No comprendemos cómo se atreven á defender en justicia semejantes nimiedades. ¿Tiene acaso el Estado un domicilio en el sentido del art. 2265? ¿Está presente aquí y ausente más allá? La Corte de Bruselas se tomó el trabajo de contestar que el Estado está presente en todas partes porque por todas partes tiene agentes encargados de cuidar de sus intereses. Se prescribe, pues, en todas partes contra el Estado en diez años. (1)

420. El art. 2266 prevee una dificultad que decide en términos bastante malos: «Si el verdadero propietario tuvo su *domicilio* en diversas épocas en la jurisdicción y fuera de ella es necesario, para completar la prescripción, añadir, á lo que falta para diez años de presencia, un número de años de ausencia doble del que falta para completar los diez de presencia.» ¿Qué entiende la ley por estas palabras: *lo que falta de los diez años de presencia*? Lo que precede explica lo que la ley quiere decir: supone que el propietario estuvo *presente y ausente* en el sentido legal de la palabra. Habitó en la jurisdicción durante seis años y fuera de ella durante cuatro; para completar los seis años de presencia faltan cuatro años. ¿Cómo completar los diez años de presencia? Con un número de años de ausencia doble: luego necesitaría ocho años para completar la prescripción, la que se completa con catorce años. Así el principio establecido por la ley es éste: dos años de ausencia se cuentan

1 Bruselas, 8 de Mayo de 1824 (Pasicrisia, 1824, p. 115). Lieja, 31 de Octubre de 1825 [Pasicrisia, 1825, p. 509].

por uno de presencia. Es inútil detenernos en las críticas que se han hecho del texto, (1) puesto que todos están acordes acerca del sentido en el que debe entenderse.

Resulta del art. 2266 que el legislador hizo mal en calificar la usucapión con título y buena fe de prescripción de diez y veinte años; sólo es de veinte cuando el propietario siempre estuvo ausente; si estuvo ausente y presente la duración pasará de diez años sin llegar á veinte; será, pues, de diez á veinte años más ó menos larga, según la ausencia del propietario.

421. ¿La presencia y la ausencia se determinan por la residencia ó por el domicilio del propietario? El art. 2265 comienza por decir: "Si el verdadero propietario *habita* en la jurisdicción." Luego al preveer la ausencia dice: "Si tiene *domicilio* fuera de dicha jurisdicción." La primera expresión indica la residencia de hecho, la segunda el *domicilio de derecho*. En el artículo siguiente la ley se vale de la palabra *domicilio*. Según el texto la solución de la cuestión queda, pues, dudosa. La dificultad está en saber si debe entenderse por *domicilio* el domicilio legal definido por el artículo 102. Consultemos desde luego la tradición: Pothier se explica muy bien; añade á la palabra *domicilio* las palabras de *hecho y de residencia*: transcribimos el pasaje, que, en nuestro concepto, es decisivo: "para que el tiempo de la prescripción se considere como correr entre presentes hasta que tanto el poseedor que prescribe como el propietario contra el que se prescribe tengan su domicilio de *hecho y de residencia* en la misma bailía, aunque este domicilio no fuera su *domicilio de derecho*; y, al contrario, no bastaría que uno y otro tuvieran su domicilio de derecho en la misma bailía si uno ú otro no tuvieran en ella su *domicilio actual*." (2)

Decimos que la tradición es decisiva porque está en har-

1 Leroux de Bretagne, t. II, p. 112, núm. 940. Marcadé, t. VIII, p. 203, núm. 5 del art. 2269.

2 Pothier, De la prescripción, núm. 107.

monía con el espíritu de la ley y con los trabajos preparatorios. ¿Por qué los autores del Código han derogado el derecho antiguo en lo que se refiere á la determinación de la *presencia y de la ausencia*? Pothier acaba de decirnos que se exigía la residencia del poseedor y del propietario en la misma bailía, sin tener en cuenta la situación del inmueble; el legislador francés creyó, con razón, que aun cuando el propietario habitara en la misma jurisdicción que el poseedor ignoraría lo que pasa en su heredad en el caso en que el inmueble estuviera situado fuera de la jurisdicción; es, pues, para que esté informado de lo que pasa en sus tierras por lo que el Código quiere que el propietario habite en la vecindad de su dominio. ¿Y cómo podría saber lo que pasa en Flandes, donde está situada su heredad, si habitara en París, aunque tuviera su domicilio de derecho en Gante? Es en este sentido como Bigot-Préameneu explica la ley en el pasaje que hemos citado, aunque no reproduce la explicación de Pothier: los discursos acerca del título *De la Prescripción* están hechos con tanto descuido como el texto. El Orador del Tribunado da la misma explicación sin dejar mucha duda en cuanto á la mente de la ley, pero insuficiente para impedir toda controversia. Algunos buenos autores objetan que esta interpretación es incompatible con el espíritu general de nuestra legislación acerca del domicilio, y con esta idea: que para fijar las relaciones jurídicas en las que una persona puede encontrarse con otra se la considera siempre *presente* en el lugar de su domicilio. (1) Esto es dar á los principios la preponderancia sobre la realidad de las cosas; nos parece que los principios están hechos para los hombres y no los hombres para los principios. ¿Qué importa que el

1 Aubry y Rau, t. II, p. 386, nota 38, pfo. 218 y, en sentido contrario, los autores y las sentencias que citan. Agréguese, en el sentido de nuestra opinión, Mourlón, Repetitions, t. III, p. 306, núm. 1944, y Leroux de Bretagne, t. II, p. 113, núm. 942.

domicilio de derecho sea la regla general? Esta regla puede y debe recibir excepciones cuando es la habitación más bien que el domicilio de derecho la que debe tomarse en consideración. Hemos encontrado una excepción en materia de matrimonio (t. II, núms. 412-417). En el caso de prescripción el legislador tuvo también que atenerse á la residencia. Poseo un inmueble en Gante, donde habita el verdadero propietario, y otro inmueble en Bruselas, donde está domiciliado el propietario. En la interpretación que combatimos la prescripción del propietario situado en Gante será de veinte años, aunque el propietario esté en los lugares y puede ver todo lo que pasa en ellos; mientras que la prescripción del inmueble situado en Bruselas será de diez años, aunque el propietario no esté en los lugares ni sepa lo que en ellos pasa. Cuando los principios conducen á consecuencias tan absurdas el legislador hace bien en apartar los principios y atenerse á la realidad de las cosas.

422. En la aplicación se presentó una dificultad que la Corte de Colmar ha resuelto mal. El inmueble pertenece á varios copropietarios por indiviso; uno reside en la jurisdicción, los demás habitan fuera de ella. La prescripción será de diez años para el primero y de veinte para los demás. La Corte de Colmar había decidido que la prescripción corría contra todos por veinte años; esto era confundir la indivisión con la indivisibilidad; de que varias personas son copropietarios de un inmueble por indiviso no se sigue que su derecho sea indivisible; su derecho permanece indivisible si recae en una cosa indivisible, y tal es un fundo de terreno; luego hay tantos derechos cuantas partes hay indivisas, y cada uno de estos derechos prescribe por el tiempo determinado respecto á la presencia ó á la ausencia. La sentencia fué casada. (1)

1 Casación, 12 de Noviembre de 1833 (Dalloz, en la palabra Prescripción, número 947).

## § II.—EFECTO DE LA PRESCRIPCIÓN.

423. En los términos del art. 2265 el que adquiere de buena fe y con justo título un inmueble prescribe *la propiedad* por diez ó veinte años. Por propiedad se debe entender la propiedad plena y completa tal como la define el artículo 544. Si el inmueble está gravado con cargos reales y el adquirente lo posee como libre de todo cargo prescribirá la propiedad completa, no desmembrada. En vano se diría que prescribir los cargos es liberarse y que la prescripción liberatoria ó extintiva es de treinta años. Cuando el artículo 2262 dice que las acciones reales prescriben á los treinta años supone que el poseedor adquiere la propiedad sin título ni buena fe; en ese caso se necesitan treinta años para prescribir la propiedad del inmueble así como los cargos que la gravan. Pero cuando el poseedor tiene título y buena fe prescribe la propiedad á los diez años, tal como la ha poseído. En principio no se concibe que una posesión suficiente para prescribir la propiedad sea insuficiente para prescribir los desmembramientos de la propiedad. (1)

424. La aplicación del principio ha dado, sin embargo, lugar á acaloradas controversias. En otra parte hemos examinado las dificultades que se presentan para las servidumbres reales; basta recordar aquí la decisión que hemos admitido. El art. 706 no habla más que de la prescripción de treinta años: ¿se debe concluir que excluye la prescripción de diez á veinte años? El que ha adquirido por justo título y de buena fe como libre de todo cargo un fundo gravado en realidad con una servidumbre y que lo posea libre durante diez ó veinte años ¿adquiere la franquicia de ese inmueble? Eso puede suceder en dos casos. Compro un inmueble al que es su propietario; está gravado de una servidumbre que el vendedor no declara y que yo no conozco.

1 Leroux de Bretagne, t. II, p. 62, núm. 347. Marcadé, t. VIII, p. 207, número 6 del art. 2269.